

Der Besitz

des

Bürgerlichen Gesetzbuches

gegenübergestellt

dem römischen und gemeinen Recht

von

Dr. Ferdinand Kniep,
Professor der Rechte in Jena.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1900.

Der Besitz

des

Bürgerlichen Gesetzbuches

gegenübergestellt

dem römischen und gemeinen Recht

von

Dr. Ferdinand Kniep,
Professor der Rechte in Jena.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1900.

Meine erste Vorlesung über das bürgerliche Gesetzbuch, die ich im Sommerhalbjahre 1896 gehalten, betraf den Besitz. Ich suchte mir vor allen Dingen klar zu machen, wie sich der Besitz des B.G.B. von dem des römischen und gemeinen Rechtes unterscheide. Eine Weiterentwicklung dieser Gedanken enthält das vorliegende Buch.

Jena, im Februar 1900.

Inhalt.

Erste Abteilung.

Allgemeines über Besitz und Innehabung.

1. Der Besitz.

2. Die Innehabung.

Zweite Abteilung.

Besitzerwerb.

I. Allgemeine Gesichtspunkte.

II. Der Besitzwille.

III. Arten des Besitzerwerbes.

A. Eigener Besitzerwerb.

Seite

2. Der Eigenbesitz.

Fünfte Abteilung.

Besitzesfortdauer.

Sechste Abteilung.

Selbsthülfe.

Erste Abteilung.

Allgemeines über Besitz und Innehabung.

1. Der Besitz.

a) § 1. Begriff des Besitzes.

Beim Begriff des Besitzes haben wir vom Sachbesitze auszugehen.

Man unterscheidet nach gemeinem Rechte einen Sachbesitz und einen Rechtsbesitz oder Quasibesitz. Letzterer findet z. B. statt bei Grunddienstbarkeiten.

Rechtsbesitz ist eine recht schlechte Bezeichnung. Sowohl beim Sachbesitze wie beim sog. Rechtsbesitze liegt ein thatsächliches Verhältnis vor. Beim Rechtsbesitz ist die Vorstellung die: ich übe thatsächlich eine Berechtigung aus. Aber wenn ein Dieb eine Taschenuhr besitzt, habe ich hier nicht ganz die nämliche Erscheinung?

Vom Quasibesitze gilt dasselbe wie von sonstigen Verbindungen mit Quasi z. B. Quasicontracten, Quasidelikten. Das Quasi verweist die Sache ins Gebiet des Unklaren.

Es handelt sich hier nicht um einen, sondern um mehrere Gegensätze. Ich kann eine Sache in der Weise besitzen, daß außer mir kein anderer in Betracht kommt: dann habe ich den alleinigen Vollbesitz der Sache. Oder es kommt außer mir noch ein anderer in Betracht. Dies ist wieder in verschiedener Weise

möglich: der andere benimmt sich genau so, wie ich selber, in Bezug auf die ganze Sache, er ist Mitbesitzer im engern Sinne, B.G.B. § 866; oder der andere beschränkt sich ebenso wie ich auf einen reellen Teil, dann liegt Teilbesitz vor, B.G.B. § 865; oder der andere verfolgt nur ganz bestimmt abgegrenzte Zwecke, sei es in Bezug auf die ganze Sache oder einen Teil derselben. Diese bestimmt abgegrenzten Zwecke bilden einen Subtrahendus für die Allgemeinheit, sie scheiden die Allgemeinheit in Hauptbesitz und Nebenbesitz. Der Nebenbesitz an Grundstücken ist ein Sichbefinden auf einem andern Grundstücke neben dem Hauptbesitzer, aber nicht für diesen. Stellen wir uns z. B. vor die Ausübung einer einem Grundstücksbesitzer zustehenden Wegegerechtigkeit: B.G.B. § 1029.

Als Teilbesitzer erscheint im § 865, wer abgesonderte Wohnräume besitzt. Es ist indes auch möglich die Teilung eines einzelnen Wohnraumes. In einem Spitale für alte Frauen gab es eine große Stube für vier Personen. Weil aber die Bewohnerinnen dieser Stube meistens in Unfrieden lebten, wurde die Stube durch Striche auf dem Fußboden in vier Teile geteilt. Dies ist ebenfalls Teilbesitz.

Sodann ist hierher zu stellen der Besitz an Wandflächen. Geschäftsleute befestigen an fremden Wänden Schilder, Schaukasten, Briefkasten. Der Patron hat in der Kirche sein Wappen angebracht. Vgl. Josef, Archiv für bürg. Rt. Bd. 15 S. 271, 272.

Die Begriffe Mitbesitz, Teilbesitz, Hauptbesitz, Nebenbesitz lasse ich jetzt bei Seite und betrachte allein den Vollbesitz.

Nach dem B.G.B. ist der Besitz die thatsächliche Gewalt über eine Sache. Denn nach § 854 wird der Besitz einer Sache durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Was heißt thatsächliche Gewalt? Der Begriff ist der gemeinrechtlichen Litteratur entnommen, wir werden also diese zu Rate ziehen müssen. Vgl. Guttenberg, Protokolle für die zweite Lesung, Bd. 3 S. 29.

Nach römischem Rechte kommen für den Besitz in Betracht corpus und animus. Das corpus wird von Savigny, Recht des Besitzes[7] S. 210, erklärt als 'die physische Möglich-

keit, auf die Sache unmittelbar zu wirken, und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen.' Windscheid, Pand., Bd. 1[7] § 153 Anm. 4, wendet dagegen ein, daß man den Zusatz 'und jede fremde Wirkung u. s. w.' streichen müsse. Somit bleibt nur 'die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken', was Windscheid 'thatsächliche Gewalt' nennt.

Also mit thatsächlicher Gewalt hat das corpus des römischen Rechtes wieder gegeben werden sollen. Nun fragt sich: ist damit das corpus genau gefaßt? Und noch wichtiger die andere Frage: entspricht der Ausdruck 'thatsächliche Gewalt' den Thatbeständen der Wirklichkeit?

Ein kleines Kind kann Besitz ausüben, insonderheit den Besitz eines Grundstückes. Darf man hier von Gewalt sprechen? Ein kleines Kind, das noch nicht laufen, nicht sprechen kann, was hat denn das für Gewalt? Man möchte vielleicht meinen, der Vormund muß für das Kind eintreten. Indessen der Vormund braucht sich ja gar nicht auf demselben Grundstücke zu befinden. Ferner ist das Kind als solches besitzfähig. Dieser Satz ist gar nicht zweifelhaft, oder sollte es wenigstens nicht sein.

Am besten entspricht dem corpus wohl 'körperliches Verhältnis'. Der Besitz ist ein körperliches Verhältnis zwischen Mensch und Sache. Eine Sache besitzen heißt eigentlich: auf ihr sitzen.

An sich ist der Begriff auf Tiere so gut anwendbar wie auf Menschen: eine Fliege besitzt die Hand, eine Henne besitzt die Eier. Jurisch Grundzüge des Luftrechts S. 23 gebraucht den Ausdruck sogar von sonstigen Sachen. 'Wir wissen, daß der Stein, welcher an einer bestimmten Stelle der Erdoberfläche liegt, diese Stelle besitzt, und seinen Besitz gegen äußere Angriffe mit denjenigen Mitteln verteidigt, welche ihm zu Gebote stehen: seiner Undurchdringlichkeit, seiner Härte, seiner Schwere, seinem Beharrungsvermögen. Es erfordert Aufwand von mechanischer Kraft, um ihn aus seinem Besitz zu verdrängen.' 'Wir wissen, daß die Pflanze von ihrem Nährboden Besitz ergreift und denselben gegen andere Pflanzen verteidigt, indem

sie dieselben durch Nahrungs- und Lichtentziehung zum Verkrüppeln oder Absterben bringt.' 'Man hat mechanische Kraft aufzuwenden, um eine Pflanze sammt den Wurzeln aus ihrem Nährboden zu reißen. Wenn es auf der Erde weder Tiere noch Menschen gäbe, so wären die Pflanzen die Herren der Erdoberfläche, die sie — nach Pflanzenart — unter sich verteilen würden.'

Regelmäßig wird sich mit dem Besitze eine thatsächliche Gewalt über die Sache verbinden. Wir dürfen aber die thatsächliche Gewalt nicht allzu stark betonen. Das wäre Wortklauberei, die sich bei neuen Gesetzbüchern nur zu leicht einstellt. Wir wollen hoffen, daß unser bürgerliches Gesetzbuch von diesem Schicksale möglichst verschont bleibe. Wir müssen immer bedenken: jede Ausdrucksweise ist mangelhaft. Eine zu starke Betonung der thatsächlichen Gewalt würde zu Ergebnissen führen, die dem B.G.G. völlig fern liegen.

Hruza, Sachbesitzerwerb, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 24 S. 221 bemerkt richtig: 'Die Inhabung ist nur die Voraussetzung der Macht, aber nicht die Macht selbst.' Er hält es indes für 'übertriebene Opposition' ... 'sich eines sprachlich so verwendbaren Ausdrucks wie die Macht bei der Inhabung zu enthalten'.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechtes, Bd. 2 § 185 S. 61 setzt 'Herrschaft' für 'Gewalt'.

Nach Anschauung der gemeinrechtlichen Schriftsteller zerlegt sich der Besitzesbegriff in die beiden Bestandteile: thatsächliche Gewalt und Aneignungswille, animus und corpus. Es ist sehr bemerkenswert, daß das B.G.B. in dem Satze, der an die Spitze des vom Besitze handelnden Abschnittes gestellt, den Willen fortgelassen hat. Es heißt hier § 854 Abs. 1 nur: 'der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben'.

Die gemeinrechtliche Auffassung stützt sich vor allen Dingen auf Paulus fr. 3 § 1 de adq. uel am. poss. 41,2: et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. D. h. zum Besitzerwerb ist

sowohl körperliches Verhältnis wie Wille erforderlich, eins von beiden genügt nicht. Beim Besitzerwerb sind wir noch nicht angelangt, sondern stehen im allgemeinen beim Besitzesbegriff. Ich will mich hier zunächst auf die Besitzesausübung beschränken und diese vom Standpunkte des Willens aus betrachten.

In Anlehnung an obigen Satz des Paulus stellt man sich den Besitzwillen bei Ausübung des Besitzes als denselben vor, wie er vor und während der Besitzergreifung vorhanden war. Wie reimt sich das mit der Logik? Vor und während der Besitzergreifung schwebt mir ein Habenwollen vor. Wenn dieses erreicht, tritt der Zustand des Habens ein. Was ich schon habe, kann ich nicht erst haben wollen. Was ich habe, genieße ich.

Die Besitzausübung kann allerdings von Willenshandlungen begleitet sein. Aber dieselben sind von ganz anderer Beschaffenheit als das auf einen Erwerb gerichtete Wollen. Wenn ich z. B. in meinem Garten auf- und abgehe, so nehme ich eine Reihe von Willenshandlungen vor. Aber dieselben haben doch ein ganz anderes Gepräge, als der Entschluß ein Grundstück zu erwerben.

Ferner ist die geistige Thätigkeit bei Ausübung des Besitzes keineswegs auf ein Wollen beschränkt. Ich freue mich von meinem Balkon der Aussicht: das ist Empfinden. Ich stelle mir bei Betrachtung der Erdbeerenbeete vor, daß es bald wieder Erdbeeren giebt: das ist einfaches Denken. Ich habe also die geistige Thätigkeit nach allen drei Richtungen: als Empfinden, Denken, Wollen.

Die geistige Thätigkeit bei Besitzausübung ist eine höchst verschiedenartige. Der eine hat diese Vorstellungen, der andere jene: das Denken, Empfinden bald so, bald anders; das Wollen des einen hat diese, das Wollen des anderen jene Richtung eingeschlagen. In dieser Beziehung läßt die Rechtsordnung im allgemeinen den einzelnen gewähren. Die in der Mitte zwischen Erwerb und Verlust liegende geistige Thätigkeit kommt für die Besitzesfortdauer nicht in Betracht.

Eine andere Auffassung wäre gar nicht durchführbar, selbst wenn man die geistige Thätigkeit auf ein bloßes Vorstellen beschränken wollte. Eine Vorstellung verjagt fortwährend die andere. Ich wäre demnach immer nur Besitzer von den Sachen, auf die meine Vorstellungen gerade gerichtet sind. Den einen Augenblick wäre ich Besitzer von meinem Garten, den andern Augenblick von einer Zeitung u. s. w.

Ist aber die geistige Thätigkeit während der Besitzausübung für die Besitzesfortdauer nicht wesentlich, so muß sie auch ganz fehlen können. Der Schlaf ist kein Besitzaufhebungsgrund. Ich bin Besitzer von Sachen, die längst meinem Gedächtnis entschwunden sind. Ich weiß z. B. gar nicht, daß ich das betreffende Buch in meiner Bibliothek habe.

Also für die Besitzausübung ist jedenfalls das körperliche Verhältnis genügend. Wir wollen daher zunächst den Besitz auffassen als ein körperliches Verhältnis. Ich bin Besitzer des Grundstückes, auf dem ich mich befinde, und Besitzer des Portemonnais in meiner Tasche.

Das körperliche Verhältnis ist der Schwerpunkt beim Besitzbegriffe. Das körperliche Verhältnis als solches vermag die Rechtsordnung nicht zu schaffen, insofern ist jeder Besitz thatsächlicher Natur. Aber die Rechtsordnung bemächtigt sich dieses Thatsächlichen, indem sie unter gewissen Voraussetzungen mit dem körperlichen Verhältnis gewisse Wirkungen verbindet. So wird das körperliche Verhältnis ausgestaltet zu einem Rechtsverhältnis.

Man pflegt Besitz und Rechtsverhältnis einander gegenüberzustellen. Das ist ein bequemer Sprachgebrauch, dem ich mich ebenfalls nicht entziehen will. Aber, genau genommen, ist der Besitz nur ein eigenartiges Rechtsverhältnis, das sich durch seine thatsächliche Grundlage von den sonstigen Rechtsverhältnissen auf dem Gebiete des Vermögensrechts unterscheidet: der Besitz ist ein Rechtsverhältnis thatsächlicher Art.

Nicht jedes körperliche Verhältnis zwischen Mensch und Sache ist Besitz. Es hängt von den Bestimmungen der Rechtsordnung ab, welches körperliche Verhältnis Besitz sein soll. Es

giebt neben dem Besitz eine Innehabung, die uns später näher beschäftigen wird: siehe unten §§ 3, 4.

§ 2. Arten des Besitzes.

Wir haben bereits kennen gelernt: Vollbesitz, Mitbesitz, Teilbesitz, Hauptbesitz, Nebenbesitz. Es ist noch zu gedenken sonstiger Arten.

I. Der mittelbare Besitz.

Das B.G.B. spricht von einem mittelbaren Besitz und Besitzer: §§ 868—871. Wenn jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer innehat, oder in einem ähnlichen Verhältnisse sich zur Sache befindet, so soll er Besitzer sein. Der andere, dem gegenüber dieser auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, hat ebenfalls Besitz. Diesen Besitz nennt das B.G.B. einen mittelbaren und den andern, welcher dem Besitzer gegenübersteht, einen mittelbaren Besitzer. Man könnte demnach unterscheiden zwischen einem mittelbaren und unmittelbaren Besitz. Aber es ist nicht ohne Bedeutung, daß im B.G.B. von einem unmittelbaren Besitze bezw. Besitzer keine Rede.

In Behandlung der einschlagenden Verhältnisse weicht das B.G.B. wesentlich vom römischen Rechte ab. Nach römischem Rechte sind Pächter, Mieter, Verwahrer regelmäßig bloße Innehaber, Detentoren. Der Nießbraucher und Pfandgläubiger sind zwar Besitzer, aber Besitzer anderer Art.

Wir haben es nach dem B.G.B. mit mindestens zwei Besitzern zu thun. Die Stellung dieser Besitzer sich gegenüber ist aber eine andere wie beim Mitbesitz und Nebenbesitz. Es ist zu prüfen: wie weit die Besitzbefugnisse reichen und wie sie sich unter beiden verteilen.

1. Die Stellung des mittelbaren Besitzers.

Der mittelbare Besitzer hat einen Anspruch auf Rückgabe. Er kann entweder jeden Augenblick fordern, z. B. vom Verwahrer, oder erst nach Ablauf einer Zeit. Die Zeit ist ent-

weder eine bestimmte oder mehr unbestimmte: bestimmte, ein Haus wird auf 5 Jahre vermiethet; unbestimmte, ein Buch wird ausgeliehen, es muß dem Entleiher die nötige Zeit zum Lesen gelassen werden.

Der Anspruch auf Rückgabe ist ein persönlicher Anspruch. Der Mieter, welcher nach Ablauf der Mietzeit wohnen bleibt, ist immer noch Besitzer. Es besteht aber gegen ihn ein Anspruch auf Räumung.

Mit diesem persönlichen Anspruche auf Rückgabe ist das Wesen kaum erfaßt. Denn wie hätte man darauf verfallen sollen, für einen bloß persönlichen Anspruch die Bezeichnung 'mittelbarer Besitz' zu wählen! Soweit der mittelbare Besitz ein Anspruch, läßt der Ausdruck nur die Deutung zu, daß ein Besitzesanspruch gemeint war. Darunter ist zu verstehen ein Anspruch gegen unbestimmte Dritte. Siehe unten § 46.

Hierzu paßt § 869 des B.G.B. Wird gegen den thatsächlichen Besitzer verbotene Eigenmacht geübt, so stehen die Klagen wegen Entziehung, Störung, Aufsuchung auch dem mittelbaren Besitzer zu Gebote. Der mittelbare Besitzer erscheint demnach als ein Auchbesitzer, sein Besitz als eine Ergänzung des eigentlichen Besitzes.

Diese Ergänzung ist zweifacher Art. Zunächst liegt dem mittelbaren Besitzer ob, zu Gunsten des eigentlichen Besitzers Klage zu erheben. Bei der Entziehungsklage und der Aufsuchungsklage tritt aber der mittelbare Besitzer schließlich für sich selber auf, wenn der eigentliche Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen, mit der Aufsuchung sich nicht selber befassen will oder kann.

Damit ist indes der mittelbare Besitz keineswegs erschöpft. Wenn jemand eine Sache vermietet oder hinterlegt, so bleiben trotz des Besitzes in der Person des Mieters, Verwahrers beim Vermieter und Hinterleger noch immer gewisse Besitzesbefugnisse zurück. Von diesem Standpunkte aus tritt er uns als ein Nochbesitzer entgegen. Zum Schutze derartiger Befugnisse wird dem mittelbaren Besitzer nicht bloß ein Klagerecht

zu gewähren, sondern unter Umständen Selbsthülfe zu gestatten sein: siehe unten § 41.

Und zwar diejenige Selbsthülfe, auf welche der Besitzer Anspruch hat. Daß die allgemeinen Vorschriften der §§ 227 flg. über Selbstverteidigung und Selbsthülfe, wie es in der Denkschrift S. 169 bei Heymann heißt, 'dem mittelbaren Besitzer hinreichende Freiheit zur Wahrung seiner Rechte lassen', kann ich nicht zugeben. Gegen die Denkschrift schon Fischer-Henle[2] zu § 869 Anm. 6.

Wegen dieser zurückgebliebenen Besitzbefugnisse kann sich das Klagerecht des mittelbaren Besitzers wie die Selbsthülfe sogar gegen den Besitzer selber richten: siehe unten §§ 41, 46.

In der Denkschrift a. a. O. heißt es freilich: 'Ebensowenig bedarf er der Besitzansprüche im Verhältnisse zu dem unmittelbaren Besitzer; gegen Uebergriffe des letzteren bietet ihm der Anspruch aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse genügenden Schutz.'

Hier scheint eine Unklarheit obzuwalten. Aus dem bestehenden Rechtsverhältnisse, z. B. einem Mietevertrage, entspringen nicht bloß persönliche, sondern auch Besitzansprüche. Denn ein Mietevertrag giebt zugleich die Linien an, innerhalb welcher beide Teile sich zu bewegen haben; und das Ueberschreiten dieser Linien ruft auf der einen oder andern Seite einen Besitzesanspruch ins Leben.

Als Mietevertrag gilt aber nicht bloß, was ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, sondern auch die Ergänzung, welche von Rechts wegen eintritt.

Ein Mieter darf sich den Besuch des Vermieters nicht unter allen Umständen verbitten. Derselbe will sich z. B. überzeugen, ob das Dach der Ausbesserung bedarf. Nach dieser Richtung hin stände dem Vermieter ein Besitzanspruch zu Gebote. Weiteres Beispiel: der Vermieter ist berechtigt, die Abortsanlage, welche der Mieter benutzt, umzuändern und durch eine neue zu ersetzen, wenn sie gesundheitsgefährlich. Vgl. Josef, Arch. für bürg. Rt., Bd. 15 S. 275.

Die Besitzausübung, welche auf Grund des Mietevertrages geschieht, ist die rechtmäßige, die wir nicht im persönlichen Anspruche untergehen lassen dürfen: dem Besitzanspruch steht das Selbsthülferecht zur Seite, das dem persönlichen Anspruche meistens abgeht.

Neben der rechtmäßigen Besitzausübung kommt in Betracht die thatsächliche, welche beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen ebenfalls Besitzesschutz genießt. Beispiel: der Mieter bleibt wohnen, nachdem die Mietezeit bereits abgelaufen.

Aber der mittelbare Besitz ist kein bloßer Besitzanspruch. Denken wir an die Befugnisse, die dem Nochbesitzer geblieben sind. Ein Besitzesanspruch entsteht doch erst dadurch, daß dem mittelbaren Besitzer Widerstand entgegengesetzt wird. Der Anspruch der §§ 861, 862, 869 verlangt verbotene Eigenmacht. Wenn ein Vermieter die gesundheitsgefährliche Abortsanlage durch eine andere ersetzt, ohne beim Mieter Widerspruch zu finden, so ist das Ausübung einer ruhigen Besitzhandlung, zu welcher die Erlaubnis des Mieters gar nicht erforderlich war.

Endemann, Lehrb. Bd. 2,[3,4] § 32 S. 125 hält die Bezeichnung 'Nochbesitzer' für deutlicher als 'Auchbesitzer'. Ich glaube, daß beide Ausdrücke berechtigt sind: je nachdem man sich den mittelbaren Besitzer in dieser oder jener Weise als thätig vorstellt.

2. Die Stellung des eigentlichen Besitzers.

Dem Anspruche des Verpächters, Vermieters u. s. w. gegenüber ist in der Person des eigentlichen Besitzers eine Verpflichtung zur Herausgabe der Sache begründet. Das B.G.B. spricht von einem Verhältnisse, vermöge dessen der Besitzer einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Derselbe ist berechtigt, auf Zeit zu besitzen z. B. bei der Miete, verpflichtet zu besitzen im Falle einer Verwahrung.

Neben dieser Verpflichtung zur Zurückgabe kann vorhanden sein und ist meistens vorhanden ein Recht auf Behalten: so

beim Mieter, Nießbraucher u. s. w. Der Verwahrer hat regelmäßig dem Hinterleger gegenüber kein Recht, die Sache zu behalten.

Mag nun ein solches Recht, die Sache zu behalten, gegeben sein oder nicht: das B.G.B. betrachtet denjenigen, der sich auf dem Grundstücke befindet, die bewegliche Sache in seiner Obhut hat, als den eigentlichen Besitzer.

Namentlich kommen ihm Besitzbefugnisse auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber zu. Ein Mieter braucht sich nicht gefallen lassen, daß der Vermieter ihn jeden Morgen besucht, um mit ihm zu politisieren. So gut wie jedes dritten Schwätzers kann sich der Mieter auch seines Vermieters erwehren.

Endemann, Lehrb., Bd. 2[3 4] § 45 S. 180, 181 geht für das Verhältnis beider Besitzer lediglich zurück auf den thatsächlich bisher ausgeübten Besitz. Beispiele: der Vermieter entfernt die Schilder oder Aushängekasten des Mieters, sperrt einen zweiten Ausgang des Gartenlokals ab.

Gewiß wird man der bloß thatsächlichen Ausübung Bedeutung mit beizulegen haben. Aber in erster Linie ist es auch nach dieser Seite hin immer der Vertrag, welcher für beide Teile die Besitzbefugnisse feststellt. Gesetzt, der Vertrag enthalte die Bestimmung: Mieter darf den zweiten Gartenausgang nie benutzen. Er hat ihn gleichwohl benutzt und der Vermieter dies eine Zeit lang mit angesehen, endlich schließt der Vermieter die Thüre ab. Das ist keine Besitzesstörung, sondern auf Grund des Vertrages gestattete Besitzausübung.

Die bloß thatsächliche Benutzung des zweiten Gartenausganges könnte nur unter der Voraussetzung Besitzesschutz begründen, wenn sie ein Jahr lang gedauert hätte: § 864 Abs. 1.

Und selbst in diesem Falle wird der Besitzesschutz wenig helfen angesichts des klar gegebenen Rechtsverhältnisses.

Ein Schutz der thatsächlichen Besitzausübung wäre nur da von einigem Werte, wo die Grenzlinien für die rechtmäßige Besitzausübung zu Zweifeln Anlaß geben sollten. Es ist z. B.

im Mietevertrage weder über die Benutzung noch die Nichtbenutzung des zweiten Gartenausganges Bestimmung getroffen.

Der eigentliche Besitzer neben einem mittelbaren Besitzer ist aber nicht bloßer Besitzer. Wer eine Sache zurückzugeben hat, besitzt nicht bloß für sich, sondern auch für den andern: er ist zugleich Innehaber für den andern. Der Mieter eines Hauses übt zugleich den Besitz für den Vermieter aus. Aehnlich wie die Hausgenossen. Die Fortdauer des mittelbaren Besitzes beschränkt sich indessen nicht auf die thatsächliche Ausübung des Besitzes von Seiten des Mieters. Wie es keinen Besitzverlust bedeutet, wenn Hausgenossen ein Grundstück verlassen, muß es sich auch mit einem ausziehenden Mieter verhalten. Ein Mieter, welcher vor der Zeit auszieht, verwandelt damit den mittelbaren Besitz seines Vermieters in vollständigen Besitz.

3. Gesammtauffassung.

Der mittelbare Besitz ist nicht bloß ein persönlicher Anspruch auf Herausgabe, Zurückgabe einer Sache. Der mittelbare Besitz ist in erster Linie ein Besitzanspruch. Der mittelbare Besitzer kann gegen jeden Dritten klagen, welcher dem eigentlichen Besitzer den Besitz entzieht, bezw. stört, bezw. die Aufsuchung nicht gestattet. Der mittelbare Besitzer erscheint insofern als ein Auchbesitzer.

Sodann ist er ein Nochbesitzer, ihm sind gewisse Besitzbefugnisse geblieben. Sofern in dieser Beziehung eine ruhige Ausübnng stattfindet, ist der mittelbare Besitz mehr als ein bloßer Besitzanspruch.

Und daß in der That der mittelbare Besitz im Besitzanspruch nicht aufgeht, zeigt sich weiter daran, daß der eigentliche Besitzer zugleich den Besitz für den mittelbaren Besitzer ausübt.

In einem weitern Sinne läßt sich freilich der mittelbare Besitz überhaupt als Anspruch auffassen, da ja die Sache sich in der Obhut eines andern befindet. Diese Vorstellung liegt zu

Grunde dem § 870. 'Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen andern übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird'. Eine scharfe Fassung haben wir freilich hier nicht vor uns, denn der Anspruch auf Herausgabe ist nicht identisch mit dem mittelbaren Besitz. Wenn aber der mittelbare Besitz ganz und gar wie ein Anspruch übertragen wird, muß er doch wohl ganz und gar ein Anspruch sein. Anspruch ist im § 870 in einem andern Sinne zu verstehen als in den §§ 861, 862, 869. Beispiele: ein Verpächter verkauft das verpachtete Grundstück, ein Vermieter das vermietete Klavier, und treten ihre Ansprüche gegen den Pächter bezw. Mieter an den Käufer ab. Eine solche Abtretung vertritt die Stelle der Uebergabe und macht den Käufer zum Eigentümer: § 931. Unter Umständen selbst dann, wenn die Sache dem Veräußerer gar nicht gehörte: § 934.

Wegen der verschiedenen Bedeutungen von Anspruch siehe F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 1[3] § 7 S. 32, 33.

4. Die Wendt'sche Auffassung.

Wendt hat dem mittelbaren Besitze eine eigene Abhandlung gewidmet: Archiv für die civ. Pr., Bd. 87 S. 40 flg. Er erblickt in dem mittelbaren Besitz einen Rückfall 'in die doch anscheinend verlassenen Bahnen des römischen Rechts': S. 42. Es ist aber ein großer Unterschied vorhanden: nach römischen Rechte ist z. B. der Hinterleger der alleinige Besitzer, nach dem B.G.B. ist er 'auch .. Besitzer': § 868.

Wendt spricht von einer 'fiktiven Grundlage' S. 47, von 'Fiktion' S. 49. Bei Fiktionen ist immer zu bedenken, daß wir der Sache damit nicht auf den Grund kommen. Ebenso lassen wir den abgeleiteten Besitz besser bei Seite, obwohl das Gesetzbuch ihn geradeswegs herauszufordern scheint: §§ 941, 986, 991. Nicht bloß verstand man darunter bisher etwas ganz anderes; es läßt sich auch nicht behaupten, daß der Ausdruck für die Wissenschaft ein Segen gewesen. Daß das Ableiten nicht überall passe, giebt Wendt S. 62 selber zu.

Nach Wendt S. 48 sind dem mittelbaren Besitze keine andern Folgen zu geben, als sie im § 869 aufgeführt. Ihm

kommt aber schon selber der Einwand, daß sich ein solcher Satz leicht unzweideutiger hätte ausdrücken lassen.

Wendt S. 51 will von einem Besitzanspruch zwischen mittelbarem und wirklichem Besitzer nichts wissen. 'Da das Recht auf den Besitz von der Erörterung im Besitzstreit ganz ausgeschlossen sein soll (§ 863) und darin das Wesen des possessorischen Rechtsschutzes überhaupt liegt, so wäre ein Besitzprozeß zwischen den beiden konkurrierenden Besitzern von vornherein aussichtslos: neuter uincetur.'

Hier ist von einer falschen Voraussetzung ausgegangen. Das Recht auf den Besitz ist von der Erörterung im Besitzstreit keineswegs ganz ausgeschlossen. Abgesehen davon, daß § 232 Abs. 2 der alten C.P.O. im entsprechenden § 260 der neuen C.P.O. keine Aufnahme gefunden — siehe unten § 46 — selbst nach dem angeführten § 863 kann in Anlehnung an die bisherige Praxis 'ein Recht zum Besitze zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei'. Und gerade um die Besitzlinien zwischen dem mittelbaren und wirklichen Besitzer festzustellen, wird man leicht Veranlassung haben, das Recht auf den Besitz heranzuziehen.

Daß der mittelbare Besitz durch § 869 nicht erschöpft wird, dafür spricht schon § 1006 Abs. 3: wonach die Eigentumsvermutung zu Gunsten des Besitzers beim Vorhandensein eines mittelbaren Besitzers für diesen Platz greift. Für den wirklichen Besitzer tritt diese Vermutung des Eigentumes nicht ein, wenn ein mittelbarer Besitz nebenher geht. In zweiter Linie kann freilich die für den mittelbaren Besitzer aufgestellte Vermutung dem wirklichen Besitzer ebenfalls zu gute kommen: Wendt S. 76.

Darin hat Wendt Recht, daß nicht alle Bestimmungen, welche von dem Besitze als solchem gelten, auf den mittelbaren Besitz zu übertragen sind: S. 50, 51. Es wird im einzelnen Falle zu prüfen sein: ob sich die betreffende Bestimmung dem mittelbaren Besitze anpassen läßt oder nicht.

Kann die Eigentumsklage in Gemäßheit von § 985 des

B.G.B. auch gegen den mittelbaren Besitzer angestellt werden? Wendt läßt sie nur ausnahmsweise zu. Dagegen O. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 53 flg. Beide Schriftsteller haben ihre Ansicht näher entwickelt in einem Gutachten: Verhandlungen des vierundzwanzigsten deutschen Juristentages, Bd. 3, Gutachten, S. 1—50. Auf Grund des B.G.B. ist die eine wie die andere Auffassung möglich. Schließlich werden also doch wohl die Bedürfnisse des Lebens den Ausschlag geben. F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2 [3. 4] § 90 S. 355 läßt es 'von der Prüfung des einzelnen Falles abhängen, welches Vorgehen den Zwecken der Eigentumsverfolgung am besten dienlich sei'.

Aehnlich verhält es sich mit anderen Klagen, die gegen den Besitzer begründet sind: z. B. der Klage des § 809 auf Vorlegung von Sachen, der Aufsuchungsklage des § 867 u. s. w.

Wendt, S. 48 bemerkt hinsichtlich des mittelbaren Besitzes weiter: 'Wer den Thatbestand und die Rechtsfolgen des Besitzes zergliedern, wer für die Theorie das Wesen des Besitzes feststellen will, darf dabei auf den mittelbaren Besitz überhaupt keine Rücksicht nehmen, sondern muß denselben als etwas dem übrigen Besitzrecht Fremdes ganz isolieren, als eine Besonderheit, welche den übrigen Bestimmungen inkommensurabel ist und mehr unter dem Strich als über dem Strich steht.'

Das heißt: das Kind mit dem Bade ausschütten. Den Hauptfall bildet allerdings der Besitz, den ich körperlich ausübe. Der mittelbare Besitz ist in erster Linie ein Besitzanspruch. Damit erschöpft sich dieser Begriff aber keineswegs. Andererseits kann sich auch der körperliche Besitz zu einem Besitzanspruche ausgestalten, z. B. im Falle einer Besitzstörung.

Die Auffassung vom mittelbaren Besitze, wie ich sie hier entwickelt habe, bedarf noch nach einzelnen Richtungen hin einer näheren Feststellung. Das wird sich besser im Laufe der Darstellung, wo sich die Gelegenheit dazu bietet, anreihen lassen. Auf einige Paragraphen habe ich bereits Bezug genommen, vor allem ist noch hinzuweisen auf den § 18.

II. Zeit- und Dauerbesitz.

Es macht einen großen Unterschied, ob meinem Besitze ein mittelbarer zur Seite geht oder nicht. Wir werden demnach insofern zwei Arten des Besitzes annehmen können, als derselbe von einem mittelbaren Besitze begleitet wird oder hiervon frei ist.

Sind aber beide Arten Besitz zu unterscheiden, so taucht das Bedürfnis nach einer Bezeichnung auf, welche das B.G.B. vermissen läßt. Es sind verschiedene Vorschläge gemacht.

Der 'abgeleitete' Besitz wurde bereits zurückgewiesen. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 6 Anm. 10 verweist auf den 'unvollständigen' Besitz des preußischen Landrechts und schlägt daneben vor 'beschränkter Besitz', 'Lehnsbesitz'. Indessen 'unvollständig' oder 'beschränkt' will nicht recht passen, weil die Eigentümlichkeit des fraglichen Besitzes vorzugsweise in der zeitlichen Begrenzung zu suchen. Die Vorstellung eines Lehnsbesitzes würde z. B. nicht zutreffen bei einem Geschäftsführer. Dernburg, Das bürg. Recht, Bd. 3 § 13 S. 45 stellt dem 'Eigenbesitz' den 'Fremdbesitz' gegenüber. Letztere Benennung ist nicht so übel; aber es erscheint bedenklich, den Eigenbesitz in einem anderen Sinne zu gebrauchen, als dies im B.G.B. geschehen. F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2 [3. 4] § 32 S. 125 wählt mit anderen die Bezeichnung 'Besitzmittler'. Der Ausdruck sagt zu wenig, er würde eher für einen Gehülfen passen. Nach Bartels bei Gruchot, Jahrg. 42 S. 646 'eine recht unglückliche Bezeichnung'.

In § 868 wird vorausgesetzt ein Verhältnis, vermöge dessen jemand einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Dies legt mir nahe die Benennung 'Zeitbesitz', 'Zeitbesitzer'. Den Gegensatz würde bilden 'Dauerbesitz', 'Dauerbesitzer'.

III. Eigenbesitz.

Im § 872 des B.G.B. begegnen wir dem Eigenbesitzer. Eigenbesitzer soll sein, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt. In der dem Reichstage vorgelegten Denkschrift Heymann S. 170 ist als wesentliches Merkmal hingestellt

der Wille des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Hier gelangen wir demnach an den Besitzwillen.

Man möchte meinen: Eigenbesitzer sei vor allen Dingen ein besitzender Eigentümer. Aber unter Eigenbesitzer werden wir in erster Linie einen Nichteigentümer zu verstehen haben.

Der Eigenbesitz kann indes zum Eigentumserwerbe führen.

Wer als Eigentümer eines Grundstückes im Grundbuch eingetragen ist, ohne daß er das Eigentum erlangt hat, erwirbt das Eigentum, wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitze gehabt hat: § 900 Abs. 1. Titel und guter Glaube sind nicht erforderlich.

Wer als Eigentümer eines Grundstückes nicht eingetragen ist, aber das Grundstück 30 Jahre lang im Eigenbesitz hatte, kann im Wege des Aufgebotsverfahrens den Eigentümer mit seinem Rechte ausschließen lassen: § 927 Abs. 1 Satz 1. Titel und guter Glaube nicht erforderlich.

Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, erwirbt durch Ersitzung das Eigentum: § 937 Abs. 1. Hinzukommen muß guter Glaube: § 937 Abs. 2. Nicht erforderlich ein besonderer Titel.

Wer eine Sache im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigentum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandteilen: § 955 Abs. 1 S. 1. In Bezug auf diese Erzeugnisse tritt der Eigentumserwerb sofort ein. Der Besitzer muß zum Eigenbesitz berechtigt sein und sich im guten Glauben befinden: § 955 Abs. 1 S. 2.

Wer eine herrenlose Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache durch Aneignung: § 958 Abs. 1. Hier tritt der Eigentumserwerb ebenfalls sofort ein, ohne daß es eines Zeitablaufes bedarf.

Wird durch den Einsturz eines Gebäudes ein Mensch getödtet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt, eine Sache beschädigt, so ist der Eigenbesitzer unter Umständen verpflichtet, dem Verletzten den Schaden zu ersetzen: § 836.

Hier ist unter Eigenbesitzer der Eigentümer mitbegriffen, dagegen auszuscheiden der Eigentümer als solcher.

Im § 941 begegnen wir dem mittelbaren Eigenbesitz. Derselbe ist als Besitz in erster Linie ein Besitzanspruch gegen den Besitzer. Als Eigenbesitz bedeutet er, daß die Ersitzung in der Person des mittelbaren Besitzers durch den wirklichen Besitzer aufrecht erhalten wird: Wendt, Archiv für die civ. Pr., Bd. 87 S. 74.

Ob auf den mittelbaren Eigenbesitzer § 836 ebenfalls Anwendung leidet? Dafür Wendt a. a. O. S. 69, dagegen Strohal, Sachbesitz, in Ihering's Jahrb., Bd. 38 S. 43 Anm. 50.

Strohal a. a. O. S. 13; Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 3 § 12 S. 43; F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2 [3, 4] § 30 S. 120 halten auch Diebe und Räuber für Eigenbesitzer. Aber soweit bei beweglichen Sachen von Eigenbesitz im B.G.B. die Rede, ist guter Glaube ein Begleiter desselben. Sodann ist nicht einzusehen, welchen praktischen Zweck es haben soll, Dieb und Räuber hier einzureihen.

IV. Fehlerhafter Besitz.

Endlich ist zu unterscheiden zwischen fehlerhaftem und fehlerlosem Besitz. 'Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft': § 858 Abs. 2 S. 1. Da jede verbotene Eigenmacht eine Willenshandlung, so ist der fehlerhafte Besitz ebenfalls nur als Willensbesitz denkbar.

2. Die Innehabung.

a) § 3. Das römische Recht.

Ursprünglich ist das körperliche Verhältnis zwischen Person und Sache als solches Besitz. Allmählich bröckeln aber von diesem alten Besitzbegriffe einzelne Fälle ab — so können wir uns die Entwicklung am besten veranschaulichen — die wir heutzutage unter dem Namen Detention, Innehabung, zusammenzufassen pflegen.

Der Besitz kann von einem einzelnen und mehreren ausgeübt werden. Diese mehreren sind uns bereits als Mitbesitzer bezw. Haupt- und Nebenbesitzer entgegengetreten. Es giebt

noch ein drittes Verhältnis dieser Art: der Besitz wird von Hausgenossen ausgeübt. Bei diesen Hausgenossen beginnt die Entwicklung des Detentionsbegriffes.

1) Zunächst mag der Stärkere sich als Besitzer gefühlt haben sowohl von den Sachen wie den übrigen Hausgenossen. Ich habe den Besitz für das heutige Recht hingestellt als ein körperliches Verhältnis zwischen Mensch und Sache. Es ist indes an sich ebenfalls möglich, daß ein Mensch den andern besitzt; und diese Möglichkeit dürfen wir für das römische Recht nicht außer Augen lassen.

Schon in sehr alter Zeit setzt die Rechtsordnung den Hausvater zum Besitzer ein über Sachen und die übrigen Hausgenossen. Daran reiht sich der Satz: die übrigen Hausgenossen besitzen nicht für sich selber, sondern den Hausvater; und damit ist der Detentionsbegriff gegeben. Das verbindende Glied ist der Besitz an den Hausgenossen. Anderer Meinung freilich Salkowski, Sklavenerwerb, S. 165 A. 2.

Ihering in seinem Buche 'Der Besitzwille', das im übrigen ja manche Schwächen darbietet, hat uns S. 98 flg. eine geschichtliche Entwicklung des Detentionsbegriffes geliefert, die meines Erachtens zu dem Besten gehört, was Ihering je geschrieben.

Nach Ihering ist das römische Haus 'der Ursitz, die Heimat des Detentionsverhältnisses'. 'Der Detentionsbegriff gehört zu den Urbegriffen der nationalrömischen Rechtsanschauung'.

Gewiß hat die Entstehung dieses Detentionsverhältnisses schon ein hohes Alter, aber immerhin muß es jünger sein als der Besitz, da es diesen schon voraussetzt. Hierfür spricht noch ein zweiter Grund.

Die altnationalrömische Auffassung des Detentionsverhältnisses ging nach Ihering dahin: daß der Besitz des Besitzherrn vermittelt werde durch die Macht über die Person; er hat die Sache in der Gewalt, weil und insofern er die Person in der Gewalt hat; nicht bloß an Sklaven, sondern auch an Hauskindern nahm man Besitz an.

Auf die vermittelnde Rolle, welche der Besitz hier spielte, habe ich ebenfalls schon früher hingewiesen: Vac. poss., Bd. 1 S. 97. Ich will diesen Gedanken hier weiter verfolgen.

Ihering beruft sich darauf, daß Hauskinder nach altem Recht vindiciert wurden. Aber die angeführte Stelle Ulp. fr. 1 § 2 de rei uind. 6, 1 lehrt das gerade Gegenteil. Die Vindication der Kinder adiecta causa ist augenscheinlich eine Neuerung von Pomponius und Ulpian. Die ältesten Rechtsmittel, welcher man sich nach dieser Richtung hin bedienen konnte, werden praeiudicia und interdicta gewesen sein.

Zudem spricht gegen Ihering die alte Form der Adoptio: Gai. 1, 134. Beim Sohne hoben zunächst drei Manzipationen die väterliche Gewalt auf, bevor die in iure cessio stattfand. Also muß das Vorhandensein der väterlichen Gewalt ein Hindernis für die Scheinvindication gewesen sein, und deshalb wird auch die ernstlich gemeinte Vindication bei Kindern in väterlicher Gewalt versagt haben.

Mehr ins Gewicht fällt Gai. 2, 90. Hiernach war man hinsichtlich des Besitzerwerbes durch die in der Manus oder im Manzipium Befindlichen zu Gajus' Zeiten bereits bedenklich, weil sie selber nicht besessen wurden. Ihering und Kuntze, Zur Besitzlehre, S. 114 folgern, daß noch Gajus dem Vater Besitz an seinen Hauskindern beilegte. Dagegen spricht der voraufgehende § 89, wo der Besitzerwerb auf die potestas zurückgeführt wird. So scheint ein Widerspruch vorzuliegen. Bekker, Recht des Besitzes, S. 205 A. 1, fragt erstaunt: 'aber hatte denn der Vater am Sohn die possessio?'

Indessen bei dem Entwicklungsgange, wie ihn das römische Recht genommen hat, ist die Sache nicht weiter auffallend. Der Besitzerwerb des Vaters durch seine Hausgenossen wird in alter Zeit allgemein gestützt worden sein auf einen Besitz an diesen Hausgenossen. Seitdem aber bei den einer Gewalt Unterworfenen der Gegensatz zwischen Freien und Sklaven immer schärfer hervortrat, und nur noch die letzteren im Rechtssinne besessen wurden, war der alte Grund nicht mehr zu halten. Die freien Hauskinder hatte man zum Besitzerwerb

dringend nötig, das neue Bindeglied wird die potestas. Diese Entwicklung klingt noch durch bei Paul. fr. 1 § 8 de adq. uel am. poss. 41, 2: nam nec filium (possidemus). Auf einem in späterer Zeit praktisch ziemlich gleichgültigen Gebiete, bei den in der Manus und im Manzipium Befindlichen, sehen wir dagegen die Theorie ihre Bedenken erheben; ferner machen sich diese Zweifelsgründe beim Nießbrauchssklaven geltend, was ebenfalls nicht viel zu bedeuten hatte, denn der Nießbraucher ward doch Eigentümer des vom Sklaven Erworbenen: Gai. 2, 94.

Der Besitz wird dem Hausvater erworben durch die Hausgenossen, weil er sie besitzt. Diesem Satze tritt der andere zur Seite: wie wir durch die Hausgenossen Besitz erwerben, so besitzen wir auch durch die Hausgenossen. Africanus fr. 47 de adq. uel am. poss. 41, 2: potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare, cuius corpore ceteras quoque res possumus possidere.

Es ist dieselbe Anschauung, die uns noch heute bei Tieren leichter einleuchtet. Der Hund, welcher mit einem Knochen zu Hause kommt, den ihm jemand unterwegs zugeworfen, ist nicht Besitzer des Knochens geworden; Besitzer des Knochens wurde der Besitzer des Hundes.

Hat diesem allem zufolge bei dem in Frage stehenden Detentionsverhältnisse der Besitz einmal eine vermittelnde Rolle gespielt, so muß der Besitz der ältere Begriff gewesen sein. Und möglicherweise könnte dieses Detentionsverhältnis noch seine Vorgeschichte gehabt haben.

Ihering spricht von einer Machtgewalt über die Person. Wenn indes der Hausherr ein kleines Kind, wo bleibt da die Macht? Andererseits ist an und für sich das körperliche Verhältnis in der Person eines jeden einzelnen Hausgenossen gegeben, das würde hinführen zu einem solidarischen Mitbesitze aller Hausgenossen.

Nun bedeutet aber ein kleines Kind nicht dasselbe, wie ein kräftiger Mann; die Frau ist die zartere Ehehälfte. So überragt denn thatsächlich die Stellung des kräftigen Mannes

die der übrigen Hausgenossen. Er ist es vor allen, dem die Verteidigung des Besitzes obliegt: der den hinauszuwerfen hat, welchen man nicht auf dem Grundstücke dulden will. Der solidarische Mitbesitz strebt somit einem einheitlichen Alleinbesitze zu. Der kräftige Mann fühlt sich als Alleinbesitzer: nicht nur vom Grundstücke, auch von allem, was sich darauf befindet; insonderheit sind die Hausgenossen selber Gegenstand dieses Besitzes.

Wer ist dieser kräftige Mann? Es würde voreilig sein, wollten wir sagen: der Hausvater. Nach meinem Dafürhalten wird noch eine Zwischenstufe der Entwicklung anzunehmen sein. Der kräftige Mann war ursprünglich der, welcher von den Hausgenossen in Wirklichkeit die meisten Kräfte hatte und als solcher den Besitz in Anspruch nahm. Häufig wird dies der Hausvater gewesen sein, aber nicht notwendig. Wir müssen uns hier hineinversetzen in die Vorstellungsweise der alten Völker. Wenn Vater und Mutter alt und schwach, für Krieg und Arbeit untauglich geworden waren, entsprach es der rohen und harten Denkart primitiver Menschen, diese Alten als ziemlich überflüssige Teilnehmer am allgemeinen Hausstand zu betrachten. Und damit hängt zusammen die Furcht, welche man in alten Zeiten vor dem 'drückenden', 'fürchterlichen', 'traurigen', 'verderblichen' Greisenalter hegte. Vgl. O. Schrader, Sprachvergleichung und Urgeschichte [2] S. 547, 548.

Dieser Zustände bemächtigt sich nach und nach die Rechtsordnung. Die Verteidigung und Wiedererlangung des Besitzes erscheint als ein Recht, das vor allen Dingen durch Selbsthülfe geltend gemacht wird. Jeder kann den vom Grundstücke verjagen, dessen Besitz ihm gegenüber ein heimlicher, gewaltsamer oder widerruflicher war: Paul. sent. 5, 6 § 7 und dazu Vac. poss., Bd. 1 S. 371. Aber die eigne Kraft erweist sich vielleicht zu schwach. Dann schreitet der König bezw. Prätor zu Gunsten desjenigen ein, dessen Besitz sich als der fehlerfreie erweist.

Der Prätor gewährt seinen Schutz nicht bloß, wenn der Hausvater, sondern auch wenn die Hausgenossen vertrieben werden. Cic. pro Tullio c. 44 Unde tu . . . illum aut fami-

liam aut procuratorem illius in hoc anno ui deiecisti: vgl. dazu Keller, Sem. I pag. 294 seqq.; Lenel, Ed. S. 370 flg. Aber er verhandelt wegen dieses Schutzes nur mit einem, und dieser eine ist der Hausvater. Dadurch erscheint die Stellung des Vaters als eine rechtlich abgesonderte. Thatsächlich hat der Vater regelmäßig mehr zu bedeuten als die übrigen Hausgenossen; rechtlich bedeutet der Vater stets mehr als diese. Das Recht erkennt allein den Hausvater als Besitzer an, die übrigen Hausgenossen verweilen auf seinem Besitze. Der kräftige Mann wird abgelöst durch den Hausvater. Und wie der kräftige Mann nicht bloß das Grundstück besaß, sondern auch alles, was sich darauf befand, selbst die Hausgenossen nicht ausgenommen, so überträgt sich diese Vorstellung nunmehr auf den Hausvater.

Als sich dann weiter ein schärferer Gegensatz zwischen Sklaven und Hauskindern entwickelte, wird in Bezug auf letztere die Besitzesvorstellung abgestreift. Der vermittelnde Gedanke für den Detentionsbegriff ist jetzt das Gewaltsverhältnis.

Dabei bleibt man keineswegs stehen. Auch andere außer den Hausgenossen sind herangezogen, die den Besitz neben dem Besitzer und für denselben auf dessen Grundstück, in dessen Wohnung ausüben. Es stützt sich diese Ausdehnung auf den Willen der einzelnen. Ich will diesen Detentionsfall nennen: Ausübung des Besitzes neben und für einen andern.

Gai. fr. 9 de adq. uel am. poss. 41, 2. Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, ueluti procurator hospes amicus, nos possidere uidemur. Paulus fr. 41 daselbst. Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non uidetur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.

2) Außerdem hat sich eine Entwicklung anderer Art vollzogen. Es wird möglich, daß derjenige, in dessen Person das körperliche Verhältnis allein begründet ist, für einen andern besitzt. Zunächst begegnen wir dieser Erscheinung bei Grundstücken, und zwar eröffnet der colonus die Reihe derartiger Detentoren: die beweglichen Sachen sind erst später dieser

Detention zugänglich geworden. Das bindende Glied ist hier ebenfalls der Wille der Betreffenden. Ich will dieses Detentionsverhältnis umschreiben: Innehaben für einen andern. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 98 flg.

Den Anfang bei beweglichen Sachen macht der Depositar; ihm reihen sich an Commodatar, Mieter, Eingewiesener und andere.

Die alte Regel 'neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse' umfaßte von jeher Fälle, welche man später der Detention einreihte: Vacua poss., Bd. 1 S. 241 flg. Kuntze Excurse ² S. 482; Zur Besitzlehre, S. 25 Anm. 15 meint freilich, daß die Ausdehnung auf Detention erst von Julian herrühre; dann würde aber diese Regel vor Julian ihren Zweck in weitem Umfange verfehlt haben.

Für Grundstücke ist dieser Detentionsfall von mir bereits weiter verfolgt worden: Vac. poss., Bd. 1 S. 98. Ich schließe an eine Zusammenstellung der für die beweglichen Sachen in Betracht kommenden Stellen, soweit ich sie bei der Hand habe.

Den Depositar bringen uns die Alten, Sabinus, Cassius, Proculus, Nerva der Sohn, Marcellus, Paulus, Ulpian: Paulus fr. 3 § 18 de adq. uel am. poss. 41, 2; Ulp. fr. 9 § 9 de reb. cred. 12, 1; fr. 7 § 11 Com. diu. 10, 3.

Den colonus treffen wir als Detentor zuerst an in Cicero's Rede pro Caecina; den Depositar als Detentor kennen bereits die Alten. Der Begriff ueteres umfaßt jedenfalls die Ciceronianische Zeit, reicht sogar höher hinauf. Somit wäre, von allgemeinen Wahrscheinlichkeitsgründen abgesehen, für eine spätere Entwickelung der Detention bei beweglichen Sachen unmittelbar aus den Quellen zunächst noch nichts erbracht. Freilich ist die Rede pro Caecina im Jahre 685/69 gehalten, während es zur Zeit der 709/45 erlassenen lex Iulia municipalis einen selbständigen contractus depositi noch nicht gegeben haben wird: Ubbelohde, Benannte Realcontracte, S. 33. Damit kommen wir aber ebenfalls nicht weiter, denn eine Klage ex causa depositi kennen schon die Zwölftafeln, COLL. 10. 7 § 11. Die Entwicklung mag die gewesen

sein, daß man ursprünglich nur den strafenden Imperativ hatte, aus dem sich der Contract herausarbeitete. Vielleicht wäre indes einiges Gewicht dem Umstande beizulegen, daß Ulpian, der die ältesten Detentoren beiderlei Art zusammenstellt, den colonus dem Depositar vorangehen läßt.

Der Commodatar erscheint als Detentor bei Pomp. libro quinto ad Sabinum fr. 8 Commod. 13, 6 und Marcellus fr. 20 de adq. uel am. poss. 41, 2.

Depositar und Commodatar nebeneinander bei Nerva dem Sohn, Julianus, Gajus, Papinian, Paulus: Pap. fr. 41 de adq. uel am. poss. 41, 2; Julianus fr. 2 § 1 pro herede 41, 5 fr. 33 § 4 de usurp. 41, 3; Paulus fr. 3 § 20 fr. 30 § 6 de adq. uel am. poss. 41, 2. Auch hier wieder setzen Julian und Paulus den colonus vor den Depositar.

Ein Hauptgewicht für die Altersbestimmung lege ich auf Gai. 4, 153.

> Possidere antem uidemur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessionem sit, licet in nostro iure (is nostro iuri) subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus.
>
> > per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodauerimus, aut quibus gratuitam habitationem restituerimus (praestiterimus), ipsi possidere uidemur.
>
> et hoc est quod uolgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione.

Die Worte, die ich eingerückt, machen ganz den Eindruck einer späteren Einschaltung. Das mit et hoc eingeleitete und mit in possessione endende Rechtssprichwort schließt sich dem Sinne nach unmittelbar an den colonus et inquilinus, da man esse in possessione doch nur sehr uneigentlich von jemand sagen kann, der eine bewegliche Sache in Händen hat. Ferner erforderte eine systematische Anordnung, daß die habitatio neben dem inquilinus genannt wäre. Es wird also einmal ein Institutionenlehrbuch gegeben haben, in dem der Zwischen-

satz fehlte, den vielleicht Gajus eingeschoben hat. Daraus wäre weiter zu folgern, daß diese Einfügung auf späterer Rechtsbildung beruht.

Ein anderer Grund für die spätere Einschaltung der eingerückten Worte dürfte dem Umstande zu entnehmen sein, daß der uns Gai. 3, 90. 91 erhaltene Grundstock Depositum wie Commodat noch gar nicht unter den Realcontracten erwähnt.

In meiner Auffassung, daß uns in der Veroneser Handschrift ein älteres Institutionenlehrbuch erhalten, das Gajus nur überarbeitet hat, an dem aber schon vor Gajus und noch nach Gajus herumgeflickt worden — Vac. poss., Bd. 1 S. 461 flg.; Praescriptio und Pactum, S. 13 flg.; Societas publ., Bd. 1 S. 433 — werde ich trotz aller Angriffe nur immer sicherer. Man muß freilich das Studemund'sche Apographum zur Hand nehmen und nicht die willkürlich ändernden Ausgaben. Zustimmend neuerdings Kalb, Jahresbericht für Altertumswissenschaft, Bd. 89 S. 231.

Ich will hier einige weitere Beispiele hersetzen, wo ich eine spätere Einfügung annehme, ohne meine Ansicht zunächst eingehend zu begründen.

1, 8 Sed prius uideamus de personis.

1, 25 quia nec ipsi testamentum facere possunt secundum id quod magis nunc placuit.

1, 29 ex lege Aelia Sentia cautum est ut so wie Iunianus hinter Latinus.

1, 30 Ideo autem in ipso filio nunc uerba adiecimus bis zu Ende.

1, 32[b] postea dicitur bis zu Ende.

1, 47 von Anfang bis zu Ende.

1, 50. 51 von Anfang bis zu Ende.

1, 53 von Anfang bis zu Ende.

Besonders beachtenswert ex constitutione s(acratissimi) imperatoris, ferner ad fana deorum — Kalb, Rom's Juristen, S. 78 — und dann der prächtige Schluß Regula: male enim nostro iure uti non debemus, qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

1, 54 nam uel in bonis uel ex iure Quiritium uel ex utroque iure cuiusque seruus esse intellegatur.

1, 55 idque diui Hadriani edicto bis zu Ende.

1, 59 itaque eam, quae mihi per adoptionem filia seu neptis loco esse coeperit, non potero eam uxore ducere, quamuis eam emancipauerimus.

1, 62 von Anfang bis zu Ende.

1, 71 jedenfalls von quo facto an.

1, 75 von Anfang bis zu Ende.

1, 76 nam aliquin bis zu Ende.

1, 77 Hoc tamen tempore bis zu Ende.

1, 78 eadem lege enim .. nascatur.

1, 80 Eadem ratione .. nascitur.

1, 81 von Anfang bis zu Ende.

1, 85. 86 desgl.

1, 90 desgl.

1, 102 nunc ex epistula .. permissum est.

1, 112 Quod ius bis zu Ende.

1, 115[b] von Anfang bis zu Ende.

1. 118 quamuis aput coemptionatorem bis zu Ende.

1, 118[a] von Anfang bis zu Ende.

1, 121 adeo quidem .. manu res capitur.

1, 123 von Anfang bis zu Ende.

1, 128 nec enim ratio patitur bis zu Ende.

1, 129 Ipse quoque filius bis zu Ende.

1, 134 Eadem et in prouinciis bis zu Ende.

1, 137[a] sed filia bis zu Ende.

1, 140 nam quodam modo .. recipit. Ferner ueluti quod furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit.

1, 146 von Anfang bis zu Ende.

1, 147 hos etiam heredes bis zu Ende.

1, 148 item nurui .. nepti.

1, 149 sed et .. intellegitur.

1, 150 id est ut liceat .. sibi optare. Ferner quo casu bis Schluß.

1, 152 von Anfang bis zu Ende.

1, 153 nam si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habetis.

1, 157 von Anfang bis zu Ende.

1, 171 desgl.

1, 173 nec interest, quam longe aberit is tutor.

1, 175 huius quidem liberi bis Schluß.

1, 177 Idem senatus censuit.

1, 183 von Anfang bis zu Ende.

1, 200 desgl.

2, 16 nam ne nomen quidem bis zu Ende.

2, 46 von Anfang bis zu Ende.

2, 47 Res mulieris, quae in agnatorum tutela erant, res mancipi usu capi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore traditae essent. id ita legem XII tabularum manifestum.

2, 48 von Anfang bis zu Ende.

2, 52 nam ei concessum capere, si modo ea res est quae recipit usucapionem.

2, 57. 58 von Anfang bis zu Ende.

2, 60 quod tutius nostrae res apud eum essent.

2, 67 quia nostra esse desinit.

2, 88 Dum tamen sciam: si alterius in bonis sit servus . . adquiritur cuius in bonis est.

2, 106 sed si filius . . in potestate patris sit.

2, 108 sed tamen quod . . uti debemus.

2, 112. 113 von Anfang bis zu Ende.

2, 125 dimidiam partem modo.

2, 135[a] von Anfang bis zu Ende.

2, 141 desgl.

2, 147 uelut his in adoptionem se dedit, mortis tempore in adoptiui patris potestate fuit.

2, 163 scio quidem bis Schluß.

2, 164 id est finis deliberandi.

2, 173 continua haec cretio uocatur, quia continui

dies numerantur; sed quia tamen dura est haec cretio altera minus habetur; unde etiam vulgaris dicta est.

2, 180 aut certe bis Schluß.

2, 181 Vulgaris substitutio .. ignorentur. Ferner set longe tutius bis Schluß.

2, 195 In eo solo .. legatum non esset. Ferner sed hodie bis Schluß.

2, 197. 198 von Anfang bis zu Ende.

2, 206. 207. 208 desgl.

2, 220 itaque si non .. confirmabitur.

2, 222 quodsi nullo iure bis Schluß.

2, 232 Rursum ita .. receptum uidetur.

2, 235 sed et si heres verbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, decem Titio dari iusserit bis Schluß.

2, 238 sub certa vero bis Schluß.

2, 239 von Anfang bis zu Ende.

2, 254 ex singulis quoque rebus .. permissa est. Ferner unde effectum est bis Schluß.

4, 5 von Anfang bis zu Ende.

4, 84 Quoque et ille cui mandatum plerumque satisdare debet. Quia saepe mandatum initio litis in obscuro esset, postea aput iudicem ostenditur. Vergl. Kalb's Jahresbericht, S. 267.

4, 139 formulae autem uerborum et conceptiones quibus in ea re utitur interdicta dec(retaque).

4, 142 von Anfang bis zu Ende.

4, 153 Apisci bis Schluß.

4, 160 quippe praetor bis Schluß.

4, 163 Quamquam Proculo bis Schluß.

4, 169 von Anfang bis zu Ende.

Ich fahre fort, die Detentoren von beweglichen Sachen zu verzeichnen.

Zum Depositar und Commodatar gesellt sich der Mieter bei Pomp. ad Sabinum fr. 4 ad exh. 10, 4.

Neben den Nießbraucher — vergl. unten § 18 Nr. I. —

finden wir bei Julian und Ulpian den Eingewiesenen: Ulp. fr. 5 § 1 ad exh. 10, 4.

Ein vollständigeres Verzeichnis bringt Ulpian nach Pegasus, fr. 9 de rei uind. 6, 1: Depositar, Commodatar, Mieter, Eingewiesener.

Die vorgeführten Stellen dürften den Beweis liefern, daß der Detentionsgedanke bei beweglichen Sachen, wenngleich der Ursprung auf die Alten zurückgeht, noch unter dem Prinzipate in der Entwicklung begriffen war. Bei derartigen Neubildungen pflegen sich einzelne zurückzuhalten. Da die Compilatoren das Neue gebilligt haben, steht zu vermuten, daß manches Entgegenstehende von ihnen bei Seite geworfen wurde. Aber ganz an Spuren einer älteren Auffassung fehlt es doch nicht.

Die Einweisung, welche sich auf bewegliche Sachen mit erstreckte, verschaffte nach Quintus Mucius Besitz: Paul. fr. 3 § 23 de adq. uel am. poss. 41, 2.

Ferner sind uns in dem Ulpian'schen Ediktskommentare zwei bemerkenswerte Aussprüche von Celsus aufbewahrt.

Ulp. fr. 5 pr. ad exh. 10, 4. Celsus hält den Verfrachter, welcher die Beförderung von Waren übernahm und diese in einem Speicher lagerte, für einen Besitzer der Waren; ebenso den Erben. Ist kein Erbe vorhanden, so wäre der Speicherinhaber als Besitzer zu betrachten; jedenfalls könne dieser die Waren bereit stellen: nam si a nullo, inquit, possidentur, uerum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere. Den Besitz des Verfrachters möchte Celsus für eine Art von Pfandbesitz erklären: quomodo autem possidet qui uehendas conduxit? an quia pignus tenet? Daran hat man Anstoß genommen: Glück, Pand., Bd. 11 S. 217 flg. In der That liegt der Gedanke gar nicht so weit vom Wege. Denn ein solcher Verfrachter, den man sich gleichzeitig als Schiffer vorstellen mag, wird auch bei den Römern nur gegen Zahlung der Fracht zum Ausliefern der Waren verpflichtet gewesen sein, wie heute: H.G.B. § 614 Abs. 2.

Eine wesentlich andere Erklärung von unserer Stelle versucht Riccobono, Arch. für die civ. Pr., Bd. 80 S. 124 flg.

Alles wird zugespitzt auf den horrearius. Ganz bei Seite gelassen das possidet qui uehendas (merces) conduxit. Bei einem horrearius liege es nahe, 'anzunehmen, daß ein solcher Vertreter den Entschluß gefaßt hat, die Sache fortan für sich zu haben'. Wenn derselbe ein redlicher Mann, liegt diese Annahme durchaus nicht nahe, wie Riccobono selber hervorhebt. Jedenfalls steht von einem derartigen Entschluß in der Stelle kein Sterbenswort.

Ulp. fr. 5 § 15 Comm. 13, 6. Si duobus uehiculum commodatum sit uel locatum simul, Celsus filius .. ait duorum quidem in solidum dominium uel possessionem esse non posse. Ich habe mich mit dieser Stelle bereits früher ausführlich beschäftigt: Vac. poss., Bd. 1 S. 188 flg. Dabei war mir insofern ein Rest von Unverständlichkeit geblieben, als ich mit der possessio nichts Rechtes anzufangen wußte. Jetzt ist mir die Sache vollkommen klar. Celsus hielt den Mieter oder Leiher eines Wagens für einen Besitzer. Eisele, Arch. für die civ. Pr., Bd. 47 S. 436, 437 glaubt, daß von der Begründung des Celsus mehreres weggefallen sei.

Man möchte noch hinweisen wollen auf Pomp. ad Sabinum fr. 6 de stip. seru. 45, 3:

> Ofilius recte dicebat et per traditionem accipiendo uel deponendo commodandoque posse soli ei adquiri, qui iussit: quae sententia et Cassii et Sabini dicitur.

Es handelt sich um einen gemeinschaftlichen Sklaven, der nach der hier vertretenen Ansicht demjenigen Herrn allein erwerben soll, welcher den Befehl erteilte: vgl. unten § 21 und über die Streitfrage Gai. 3, 167[a]; c. 2 per quas personas 4. 27. Was hätte nun dem Herrn dadurch, daß auf sein Geheiß beim Sklaven etwas hinterlegt oder diesem geliehen wird, wohl anders erworben werden können als Besitz? Mithin hielt Ofilius den Depositar und Commodatar für Besitzer.

Allein in der Stelle ist nicht bloß per traditionem für mancipio, sondern wahrscheinlich auch deponendo commodandoque interpoliert: Voigt, Zwölftafeln, Bd. 2 S. 178; Oertmann, Fiducia, S. 35; Heck, Zeitschr. für Rechtsgesch.,

Bd. 23 S. 128; H. Göppert, ebendaselbst, Bd. 26 S. 350; Ferrini, Arch. giur., Bd. 52 S. 495. Nach Lenel, Paling. 2, 136 u. 726 schrieb Pomponius vermutlich: fiduciae causa mancipio accipiendo uel cum creditore uel cum amico contractae.

Einen allgemeineren Anhalt gewährt uns aber noch das Wort penes. Es ist beim Utrubi Kunstausdruck; penes me est bedeutet für bewegliche Sachen, was possideo für Grundstücke: Lenel, Zeitschr. für Rechtsgesch., Bd. 21 S. 198 flg.; Gradenwitz, ebendaselbst, S. 302. Ulp. fr. 63 de uerb. sign. 50, 16 bemerkt ausdrücklich: 'Penes te' amplius est quam 'apud te': nam apud te est, quod qualiterqualiter a te teneatur, penes te est, quod quodam modo possidetur. Der Uebergang vom penes zum apud ist demnach ein Vertauschen des Besitzes mit Detention.

Im Interdictum de tabulis exhibendis fr. 1 pr. D. 43, 5 heißt es: si hae penes te sunt. Mithin ist der Beklagte ursprünglich als Besitzer gedacht. Dahin gehörte vor allen Dingen der Depositar. Ulp. fr. 3 § 2 de tab. exh. 43, 5. Anders Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 1 S. 342 flg.

Noch später finden wir penes in Verbindung mit deponere. Stellen: Zeitschr. für Rechtsgesch., Bd. 21 S. 283. Auch darin spiegelt sich wieder der alte Besitz.

Die beiden formulae depositi bei Gai. 4, 47 bringen bereits apud, können mithin kein hohes Alter beanspruchen.

Werfen wir schließlich die Frage auf, was den Uebergang zur Detentionsauffassung hervorgerufen haben mag, so legt Paul. fr. 3 § 18 de adq. uel am. poss. 41, 2, den Gedanken nahe, daß die Unterschlagungsmöglichkeit für plerique ueterum das Bestimmende war: der Depositar wird Besitzer durch Unterschlagung, also ist er es vorher nicht gewesen.

Ein allgemeinerer Gesichtspunkt wird sich uns unten § 43 noch darbieten.

3) Sodann die zufällige Detention. Sachen, die einem andern gehören, sind auf mein Grundstück geraten. Die Entstehung dieses Detentionsfalles können wir uns am besten

veranschaulichen bei der Exhibitionspflicht, insonderheit der ad exhibendum actio.

Die ad exhibendum actio hatte von Haus aus Besitz in der Person des Beklagten zu ihrer Voraussetzung: Jul. fr. 8 ad exh. 10, 4. Dieses Erfordernis bereitete im Laufe der Zeit Schwierigkeiten. Ein Ausspruch Labeo's, der sich mit solchen Schwierigkeiten beschäftigt, ist uns erhalten bei Pomp. fr. 15 ad exh. 10; 4.

Es handelt sich um einen Schatz im weitern Sinne. Die Frage ist: kann gegen den Besitzer des Grundstückes, wo sich dieser Schatz befindet, mit der ad exhibendum actio geklagt werden? Von Besitz des Schatzes kann nach Labeo nicht eher die Rede sein, als bis er von der Stelle geschafft, und der Besitzer des Grundstückes vom Schatze überhaupt etwas weiß. Labeo empfiehlt den Klagenwollenden dem Wohlwollen des Prätors. Stehe auch keine Klage im Edikt, so entspreche es doch der Billigkeit, auf besonderen Antrag Interdikt oder iudicium zu gewähren nach Ableistung des Calumnieneides wie Bereiterklärung zur damni infecti cautio. Dieses Auskunftsmittel haben wir nicht so zu verstehen, als ob dadurch eine Lücke ergänzt werden sollte, die seit alter Zeit vorhanden; vielmehr war ein derartiges Eingreifen nötig geworden, weil man über den Besitz anders dachte, als in alter Zeit. Für einen Manilius und Brutus gab es noch nicht die Bedenken des Labeo: Paul. fr. 3 § 3 de adq. uel am. poss. 41, 2. Andererseits läßt Pap. fr. 44 fr. de adq. uel am. poss. 41, 2 den Besitz des den Schatz Bergenden ausdrücklich fortdauern: nec alienus locus meam propriam aufert possessionem.

Derselbe Ausgangspunkt tritt uns in andern Beispielen entgegen. Gallus Aquilius gewährte dem Verkäufer wegen ruta caesa z. B. ausgegrabener Thonerde, gefällter Bäume unbesehens ad exhibendum actio: Ulp. fr. 17 § 6 de act. empti uend. 19, 1. Besitz in der Person des Käufers wird mit dem körperlichen Verhältnis als gegeben betrachtet. Julian bei Ulp. fr. 5 § 2 ad exh. 10, 4 gestattet diese Klage wegen

ruta caesa nur: si emptor possideat aut dolo fecit quo minuspossideat. Unmittelbar vorher, § 1, befürwortet er sie freilich gegenüber dem Eingewiesenen und Nießbraucher, quamuis nec hic utique possideat; aber doch so, daß das in possessione esse bezw. uti frui nicht angetastet wird. — Celsus läßt diese Klage ohne Einschränkung zu wegen des Mistes, den jemand auf fremdem Acker aufgehäuft hatte: Ulp. fr. 5 § 3 ad exh. — Neratius wegen des Flosses, das durch die Gewalt des Wassers auf ein fremdes Grundstück getrieben war: Ulp. fr. 5 § 4 ad exh. — Von dem Holze, das auf meinem Grundstücke angetrieben, als einem sichern Falle, schließt Pomponius bei Ulp. fr. 9 § 1 ad exh. auf die Zuständigkeit dieser Klage wegen herübergefallenen Obstes. — Aehnlich liegt die Sache, wenn von einem Nachbarhause, das einstürzt, oder eingerissen wird, Steine und Gebälk auf das angrenzende Grundstück fallen. Ulp. fr. 5 § 5 ad exh. gestattet hier die Klage, wenn auch kein Besitz vorhanden sei.

So hat sich denn allmählich ein Umschwung vollzogen. Was früher Besitz war, wird später als Detention aufgefaßt. Dem entsprechend hat sich für die ad exhibendum actio eine andere Regel durchgearbeitet, welche Ulp. fr. 3 § 15 ad exh. in die Worte faßt: sciendum est aduersus possessorem hac actione agendum non solum eum qui ciuiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni.

Damit wird für diese Klage schwerlich neues Gebiet gewonnen sein. Was Ulpian naturaliter incumbere possessioni nennt, war in alter Zeit schon Besitz. Die neue Fassung sollte Zweifeln vorbeugen, welche in Folge eines andern Besitzbegriffes entstanden waren.

Wendt, Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. 3 S. 9, spricht von Spitzfindigkeiten, zu denen 'nur der Ausgangspunkt possessio gedrängt'. Meines Erachtens war die ursprüngliche Auffassung eine durchaus natürliche, die 'Spitzfindigkeiten' wurden erst durch die Entwicklung des Besitzbegriffes ins Leben gerufen.

Nach allen drei Richtungen hin erscheint der Besitz als das ältere Gebilde. Die erste Fortbildung ist die, daß man dem Besitzer die Ausübung des Besitzes neben sich durch andere gestattet. Sodann wird es möglich,. daß ein Körper den anderen vertritt. Bei Grundstücken beginnt die Reihe mit dem colonus, bei beweglichen Sachen mit dem Depositar. Die Präpositionen penes und apud bezeichnen den Uebergang vom Besitz zur Detention. Weiter löst sich die zufällige Deteution ab. Die Bedenken, welche Labeo in dieser Beziehung äußerte, hängen zusammen mit dem Willenserfordernis, das Labeo beim Besitz mit einem gewissen Nachdruck zur Geltung brachte.

Den Römern fehlt ein scharf ausgeprägter Sprachgebrauch für die Detentio, und ebensowenig heben sie die einzelnen Arten besonders hervor. Für die beiden ersteren finden wir gleichmäßig nostro nomine in possessione esse gebraucht: Gai. 4, 153; Gai. fr. 9 de adq. uel am. poss. 41, 2. Dann wird auch meo nomine quid tenere gesagt: Paul. fr. 31 § 3 de usurp. 41, 3. Die zufällige Detentio wird bei Ulp. fr. 3 § 15 ad. exh. 10, 4 durch die Ausdrucksweise naturaliter incumbere possessioni jedenfalls mitumfaßt. Zuweilen begegnen wir der Dreigliederung habere tenere possidere: fr. 18 § 1 de accept. 46, 4; fr. 49 § 1 de adq. uel am. poss. 41, 2. Aus der Unbestimmtheit werden wir durch dies habere aber keineswegs erlöst.

b) § 4. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

I. Ich will zunächst die einzelnen Fälle vorführen.

Das B.G.B. hat entwickelt die Innehabung der Hausgenossen sowie die zufällige Innehabung; außerdem wird anzunehmen sein eine auf Vertrag beruhende Innehabung.

1. Das B.G.B. kennt eine Besitzausübung durch Hausgenossen u. s. w.: § 855. Damit ist gegeben die Ausübung des Besitzes neben und für einen andern. Sie tritt uns entgegen bei Frau und Kindern, bezw. bei Mann und Kindern, wenn der Frau das Haus als Vorbehaltsgut gehört. Die Dienstboten üben den Besitz aus für die Herrschaft, die Gesellen für

den Meister, die Arbeiter für den Fabrikherrn, die Handlungsdiener für den Prinzipal.

Jedes ähnliche Verhältnis ist hierher zu stellen, vermöge dessen jemand den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat. Ein solcher jemand wäre der Maurer, welcher schadhafte Stellen ausbessert; der Schieferdecker, welcher das Dach nachsieht; der Gärtner, welcher Bäume pflanzt. Sodann wird der heutige Logierbesuch hier einzureihen sein, nicht minder eine eingeladene Tischgesellschaft. Es genügt ganz flüchtiger Aufenthalt; in dieser Beziehung sind zu nennen: der Briefbote, der Bäckerjunge, der Schlachterjunge, die Zeitungsfrau, die Butterfrau, das Milchmädchen, der Hausierer mit Mausefallen, der Weinreisende, die Kunden eines Krämers oder Handwerkers, der neue Kollege, welcher seine Besuche macht, u. s. w.

Diese Besitzausübung für einen andern ist näher abzugrenzen von dem Besitz gegenüber einem andern, der uns im § 868 entgegentritt. Nach § 855 soll nur der andere Besitzer sein, nach § 868 auch der andere.

Die im § 868 als Besitzer Aufgeführten sind Persönlichkeiten, welche allein die thatsächliche Gewalt ausüben, von diesem Gesichtspunkte aus wird also das ähnliche Verhältnis ebenfalls zu betrachten sein. In § 855 wird für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft die thatsächliche Gewalt ausgeübt. Der andere ist die Hauptperson, welche den Haushalt führt, das Erwerbsgeschäft betreibt; und diesen Standpunkt werden wir ebenso beim ähnlichen Verhältnis zu Grunde legen müssen.

Ferner haben wir es mit Weisungen des andern zu thun, die sich auf die Sache beziehen. Damit können doch nur Besitzausübungshandlungen gemeint sein. Also haben wir die Besitzausübung einer Hauptperson neben sonstiger Besitzausübung; und umgekehrt üben die Hausgenossen den Besitz für und neben einem andern aus.

So scheint der Inhalt beider Paragraphen weit auseinander zu liegen. Und doch sind nicht bloß Berührungspunkte

gegeben, eine scharfe Abgrenzung hat sogar ihre großen Schwierigkeiten.

Die Besitzesausübung neben einem andern ist jedenfalls nicht so zu verstehen, daß die Hauptperson stets im Haushalt oder Erwerbsgeschäft zugegen sein müßte. Selbst langjährige Abwesenheit steht derselben nicht im Wege. Aber jedenfalls muß ein Haushalt, ein Erwerbsgeschäft oder etwas Aehnliches vorhanden sein.

Wenn eiu Hausbesitzer einem Handwerker die Schlüssel einhändigt zu einem Hause, das er nicht bewohnt, um dort Reparaturen vorzunehmen, so wird der Handwerker, welcher diese Reparaturen ausführt, damit nicht alleiniger Innehaber des Hauses, sondern nur Innehaber neben dem Hausbesitzer. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 46 Z. 167.

Wie steht es um den Kastellan eines Schlosses? Wenn derselbe seinen eigenen Haushalt führt, die Herrschaften vielleicht dann und wann einmal in dem betreffenden Schlosse Wohnung nehmen, sieht es fast so aus, als müßten wir den Kastellan für den eigentlichen Besitzer erklären. Aber einem Kastellan werden doch nur untergeordnete Räume als Wohnung angewiesen, während die Hauptzimmer für die Herrschaft reserviert bleiben. So erscheint denn der Kastellan als eine Nebenperson einer Hauptperson gegenüber. Und wenn er auch seinen eignen Haushalt führt, ist er doch gleichzeitig für einen andern in dessen Haushalt thätig. Eigner Haushalt und Ausübung der thatsächlichen Gewalt im Haushalte eines andern schließen sich demnach keineswegs aus.

Jemand, der von einem Orte fortzieht, läßt in seinem Hause einen Hausmann zurück, der es so lange hüten soll, bis es verkauft ist; dafür werden dem Hausmann bestimmte Räume als Wohnung überwiesen, für die er keinen Mietzins zu entrichten hat. Hier kann man schon zweifelhaft sein, ob ein solcher Hausmann wegen der Wohnung nicht als eigentlicher Besitzer aufzufassen; richtiger ist er aber wohl nur als Innehaber zu behandeln.

Als unmöglich wird indes eine Verbindung von teilweisem Besitz mit Innehaben für einen andern in dessen Haushalt nicht zurückzuweisen sein. Der Gärtner im hiesigen Prinzessinnengarten bewohnt ein eigenes Haus und führt seinen eigenen Hausstand: insoweit ist er Besitzer. Das Hauptgebäude ist freilich für den Großherzog reserviert: insofern ist der Gärtner Innehaber für einen andern in dessen Haushalt.

Vom Haushalte wende ich mich zum Erwerbsgeschäfte.

Der Hirte, der Vieh auf die Alp getrieben und dort zu versorgen hat, ist noch immer im Geschäfte eines andern thätig.

Jemand betreibt im Orte A ein kaufmännisches Geschäft, im Orte B hat er eine Fabrik, außerdem gehört ihm ein Landgut. Die Fabrik ist einem Betriebsdirektor unterstellt, das Landgut verwaltet ein Gutsverwalter, Gutsinspektor. Dieser dreifache Eigentümer ist zugleich dreifacher Besitzer. Betriebsdirektor und Gutsverwalter üben für ihn in seinem Erwerbsgeschäfte die thatsächliche Gewalt aus.

Eine hierher gehörende Hauptgattung sind die Angestellten des Staates, der Kirche, der Gemeinde, sonstiger Körperschaften, sofern Grundstücke, insonderheit Gebäude, in Frage kommen, die zum öffentlichen Dienst, zu Zwecken der Körperschaft bestimmt sind. Die kaiserlichen Postbeamten sind Innehaber der ihnen überwiesenen Räume, der Richter ist Innehaber des Sitzungssaales, der Lehrer Innehaber des Klassenzimmers.

Neben den Angestellten kommen andere in Betracht. Die Schüler sind nicht minder Innehaber des Klassenzimmers wie die Lehrer.

Bei den Angestellten taucht die Frage auf: sind sie alle bloße Innehaber? Wo bleibt der Besitzer? Hierauf soll die Antwort im folgenden Paragraphen versucht werden.

Diese Besitzausübung neben und für einen andern beschränkt sich nicht auf Grundstücke, sondern ergreift ebenso die beweglichen Sachen.

Die beweglichen Sachen kommen einmal insofern in Betracht, als sie geeignet sind, zur Wohnung zu dienen, wobei namentlich an Schiffe zu denken. Besitzer des Schiffes ist der

Schiffer, das Schiffsvolk übt neben und für ihn diesen Besitz aus. Auf eine abweichende Ansicht Dernburg's werde ich unten § 18 Z. I, 9 zurückkommen.

Sodann erstreckt sich die Besitzausübung neben und für einen andern auf die in der Wohnung, dem Hause befindlichen Sachen. Man denke an die Waaren, welche der Handlungsdiener unter Händen hat; oder die Arbeit, welche der Schneidergeselle im Hause des Meisters anfertigt. Ebenso gehört hierher der Besucher eines Kaffeehauses in Bezug auf Tasse, Theelöffel u. s. w. sowie der Zeitungen, welche er zur Hand nimmt; der Besucher einer Kegelbahn, wenn er mit den Kugeln wirft.

Ferner sind es wieder die Angestellten des Staates, der Kirche, der Gemeinde, sonstiger Körperschaften, welche die Innehabung solcher beweglicher Sachen in weitem Umfange ausüben. Wendt, Archiv für die civ. Pr., Bd. 87 S. 66, 67 schreibt in dieser Beziehung: 'Was in öffentlichen Dienstgebäuden den dort angestellten Personen in die Hand gegeben wird und zur Verfügung steht, sei es zur Benutzung, sei es zur Aufsicht und Bewahrung, darüber üben sie die Macht doch nur im Namen von Staat, Gemeinde und Kirche und für dieselben aus, so daß der Besitz lediglich der juristischen Person als solcher zugeschrieben werden kann, nicht den Beamten, die lediglich Besitzdiener bleiben. Man mache die Anwendung z. B. auf alle Inventarienstücke der Gerichts- und Verwaltungsgebäude, vom Hausmeister hinauf bis zum Vorstand und Präsidenten, in den Kasernen, Ställen und Remisen des Heeres, in den Schiffen und Werften der Marine, und wird m. E. immer sagen müssen, daß alle dabei in Betracht kommenden Gegenstände im Besitz des Staates stehen, der in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt von allen denen vertreten wird, welche mit den Dingen zu thun haben. Nicht die Wachen besitzen die in den Arsenalen liegenden Vorräte ... nicht der Kassier die unter seinem Verschluß befindlichen Kasten und was darin ist an Geld und Geldeswert'.

Dabei bleibt nur fraglich, ob wir den Hausmeister mit

dem Vorstand und Präsidenten auf gleiche Stufe stellen dürfen. Was ist ferner Besitz des Staates u. s. w.?

Bisher betrachtete ich die beweglichen Sachen als befindlich auf dem Grundstücke oder was als Grundstück behandelt wird. Es taucht die weitere Frage auf, ob die Innehabung sich in Besitz umwandelt, sobald die Hausgenossen diese beweglichen Sachen vom Grundstücke entfernen. Bekker in Jhering's Jahrbüchern Bd. 34 S. 43 unterscheidet in folgender Weise: 'Soldaten haben an Waffen, Munition, Uniform wohl Besitz, aber an anderen Sachen, die ihnen dienstlich zu Transport, Reinigung u. s. w. übergeben werden, nur die Uebung thatsächlicher Gewalt als Diener; nicht anders die civilen Subalternbeamten'.

Wendt a. a. O. macht dagegen geltend: 'daß in Ansehung von Bewaffnung und Ausrüstung das Verhältnis kein anderes ist, als wenn eine Herrschaft ihren Dienern Livree oder Uniform hält oder eine Hausfrau ihren Dienstmädchen die weißen Schürzen und Häubchen u. dgl.'

Meines Erachtens ist Besitzesfortdauer für die Herrschaft da anzunehmen, wo Sachen in Frage stehen, die der Hausgenosse zufolge der allgemeinen Anstellungsbedingungen in Händen hat, auch außer dem Hause in Händen haben soll. Die Herrschaft bleibt Besitzer der Livree, wenn der Diener, des weißen Häubchens, wenn das Hausmädchen Besorgungen macht. Weiter erinnere ich an den Marktkorb der Köchin. Ebenso dauert der Besitz des Meisters zunächst fort, wenn der Schneiderlehrling die fertigen Anzüge austrägt, um sie den Kunden zu überliefern. Strohal in Jhering's Jahrbüchern Bd. 38 S. 6 stellt hierher mit Recht den Herrschaftskutscher, der auf seine Herrschaft mit dem bespannten Wagen vor dem Theater wartet. Der Omnibusfuhrmann gehört nur unter der Voraussetzung hierher, daß Wagen und Pferde sich beim Unternehmer in Stallung befinden. Josef, Archiv für bürg. Recht, Bd. 15 S. 278 erinnert an die Muster- und Kundenbücher eines Handlungsreisenden.

So weit darf man indes nicht gehen, daß man den Be-

sitz der Herrschaft dort fortdauern läßt, wo eine Teilnahme am Haushalt u. dgl. gar nicht vorhanden. Der Schneidergeselle, welcher nicht im Hause des Meisters arbeitet, dem die Arbeit mit in seine Wohnung gegeben wird, erlangt Besitz an den Gegenständen, auf die sich seine Thätigkeit erstrecken soll. Der Omnibusfuhrmann, welcher Wagen und Pferde des Unternehmers in eigne Stallung nimmt, wird Besitzer. Der Soldat, welcher nicht in der Kaserne, sondern für sich wohnt, erwirbt Besitz an Uniform, Waffen, Munition. Der Gepäckträger oder Dienstmann, welcher die Sachen bei mir abholt, um sie auf den Bahnhof zu befördern, ist durch Uebergabe dieser Sachen Besitzer geworden; den Besitz erhalte ich zurück, wenn ich diese Sachen auf dem Bahnhofe in Empfang nehme: vgl. Wendt a. a. O. S. 68.

Andererseits beschränkt sich diese Innehabung außer Hause für den Haus- bezw. Wohnungsbesitzer nicht auf die eigentlichen Hausgenossen. Wenn ich einem Freunde, der bei mir logiert, einen Regenschirm leihe, so bleibe ich Besitzer dieses Regenschirmes, während der Freund sich desselben außerhalb meines Hauses bedient. Nicht anders würde die Sache liegen, wenn der Freund bei meiner Abwesenheit sich selbst den Schirm aus meinem Ständer genommen hätte. Ein Töpfer, welcher bei mir einen Ofen umsetzt, findet, daß die Ofenthür repariert werden muß; er trägt sie ohne weiteres zum Schlosser. Mein Besitz an der Ofenthür dauert fort, bis sie zum Schlosser gelangte.

Ich reihe an die Besprechung eines Falles, der das Reichsgericht in strafrechtlicher Beziehung beschäftigt hat — Entsch. in Strafsachen Bd. 28 No. 48 — und will versuchen, ihn vom Standpunkte des B.G.B. zu beurteilen.

Ein Arbeiter, der innerhalb des Steinbruches für seine Arbeiten Sprengstoffe, Roburitpatronen, zu verwenden hatte, nimmt eines Sonnabends beim Verlassen der Arbeitsstätte aus Versehen fünf Stück dieser Patronen unwissentlich in seinen Kleidern mit nach Hause und wird sich hierüber erst klar, als seine Frau am andern Morgen die Patronen in den Kleidern

auffindet. Am Montag Morgen steckt er die Patronen wieder zu sich, um sie in den Steinbruch zurückzuschaffen. Als er unterwegs eines Gendarmen ansichtig wurde, versteckte er die Patronen in einem hohlen Baume. Hier findet sie der Gendarm und ergreift von ihnen Besitz.

Der nähere Thatbestand des Mitnehmens aus Versehen ist nicht angegeben. Es kommen namentlich zwei Möglichkeiten in Betracht. Der Arbeiter hatte vergessen, daß er die Patronen bei sich hatte, als er die Arbeitsstätte verließ. Oder ein Dritter hatte sie in seine Taschen gesteckt, ohne daß er darum wußte.

Im zweiten Falle liegt zunächst zufällige Innehabung vor, auf die ich gleich zu sprechen komme. Es fragt sich nun: wird diese Innehabung schon in Besitz verwandelt, als der Arbeiter am andern Morgen den Sachverhalt erfährt. Ich glaube, daß zunächst die Innehabung fortdauert. Aber in dem Augenblicke, wo der Arbeiter die Patronen in einem hohlen Baume versteckt, wird er Besitzer. Dieser Besitz wird ihm vom Gendarmen wieder entzogen, der als Beamter Besitz erwirbt.

Hatte der Arbeiter die Patronen selber in seine Taschen gesteckt und nur vergessen, beim Fortgehen von der Arbeitsstätte sie dort zurückzulassen, dann dauert die Innehabung so lange fort, als sich der Arbeiter noch im Steinbruch befindet. Aber sobald er von der Arbeitsstätte weg, wird er meines Erachtens Besitzer, denn das Forttragen, das nicht sein durfte, ist eine Folge seiner eignen Handlungsweise.

Nach § 9 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884, der hier in Betracht käme, ist strafbar 'wer im Besitze derartiger Stoffe betroffen wird, ohne polizeiliche Erlaubnis hierzu nachweisen zu können'. Es fragt sich, wenn ein Arbeiter vergißt, Patronen, die er zu sich steckte, beim Fortgehen von der Arbeitsstätte dort zu lassen: ob dann schon im Sinne des Gesetzes Besitz anzunehmen. Das Reichsgericht hat die Frage verneint.

Daran reiht sich die weitere Frage von großer Tragweite: decken sich der Begriff Besitz im Strafrecht und im B.G.B.? Bekker in Ihering's Jahrbüchern Bd. 34 S. 65 bejaht: 'in Zukunft ... wird es schwer halten, stichhaltige Gründe dafür anzugeben, warum der civilrechtliche Besitz (oder Gewahrsam) ein anderer zu sein habe, als der strafrechtliche'. Aber die Gesichtspunkte, von denen aus das Strafrecht die Dinge betrachtet, können doch wesentlich verschieden sein von denen des Privatrechts. Ist im vorliegenden Falle mit dem Reichsgericht kein Besitz im strafrechtlichen Sinne anzunehmen, wohl aber, wie ich glaube, nach dem B.G.B., so hätten wir schon ein Beispiel für ein Auseinandergehen von Privatrecht und Strafrecht.

Auch sonst noch wird sich beim Besitze eine Scheidung des Strafrechtes vom Privatrechte empfehlen. So untersteht das Verteidigungsrecht des Besitzers ganz anderen Grundsätzen, als sie uns bei der Notwehr entgegentreten: siehe unten § 41 No. III.

2. Weiter hat das B.G.B. die zufällige Innehabung anerkannt. Es heißt § 867: 'Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist'. Hieraus geht hervor, daß das Gelangen einer von jemand bis dahin besessenen Sache auf das von einem andern besessene Grundstück diesem noch keinen Besitz verschafft. Ein solches körperliches Verhältnis soll kein Besitz sein, sondern ist zufällige Innehabung.

Die Sache kann indes in Besitz genommen werden. Dazu wird erforderlich sein ein hierauf gerichteter Wille. Wir haben wiederum ein Beispiel, wo der Wille ein Erfordernis des Besitzerwerbes.

Aus diesem einzelnen Falle folgert E. Frank, Der Besitzwille, S. 14—16 mit Unrecht, daß der Wille allgemein ein Erfordernis des Besitzerwerbes sei. Wenn einige s die

Eigenschaft p besitzen, so haben darum nicht alle s die gleiche Eigenschaft.

Ferner ist noch die Frage zu prüfen: ob es nicht Sachen giebt, die, wenn sie aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangen, sofort von diesem besessen werden. Siehe darüber unten § 6.

Den Besitzwillen zu äußern, soweit ein solcher erforderlich, ist insonderheit der Besitzer des Grundstückes in der Lage. Dann haben wir die Umwandlung einer Innehabung in Besitz. Siehe darüber unten § 29.

Beispiele aus dem römischen Rechte sind im vorigen Paragraphen schon vorgeführt. Jemand hat auf fremdem Acker seinen Mist aufgehäuft, um ihn demnächst von dort fortzufahren. Hier bleibt der den Mist auf fremdem Acker Aufhäufende zunächst Besitzer des Mistes. Jemand hat auf fremdem Grundstück etwas verborgen. Ein Floß ist durch die Gewalt des Stromes auf ein fremdes Grundstück getrieben. Steine und Gebälk von einem einstürzenden Nachbarhause sind in meinen Garten gefallen.

Die Beispiele lassen sich leicht mehren: ein fremder Hund hat sich zu mir verirrt; ein fremdes Huhn legt auf meinem Hofe Eier; ein Drachen oder ein Luftballon läßt sich in meinem Garten nieder; ein Ball, mit dem Kinder draußen spielten, ist über meinen Gartenzaun geflogen; jemand hat bei mir seine Gummischuhe stehen lassen; mir werden durch den Postboten Sachen gebracht, die ich gar nicht bestellte; eine von Dritten angeschossene Katze krepiert in meinem Garten; von der Nachbarin aufgehängte Wäsche weht in mein Grundstück: Strohal, Sachbesitz, S. 54, 55. Biermann zu § 867 Nr. 1 legt ungebürliches Gewicht auf die Worte 'aus der Gewalt'.

Die zufällige Innehabung beschränkt sich nicht auf Grundstücke, sondern kann bei beweglichen Sachen ebenfalls vorkommen. Im Gedränge steckt mir ein Taschendieb, der sich verfolgt glaubt, eine gestohlene Uhr in die Rocktasche: Beispiel bei Bekker in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 34 S. 37.

Ein Kindermädchen stiehlt einen Ring, um ihn dem Kinde anzustecken; oder das Kind hat sich selber den Ring angeeignet. Siehe unten § 15 Nr. I.

3. Ein etwas anders geartetes, bereits flüchtig betrachtetes Beispiel aus dem römischen Rechte. Auf dem verkauften und dem Käufer bereits übergebenen Grundstücke befinden sich gefällte Bäume, ausgegrabene Thonerde, die dem Verkäufer noch gehören: Gallus Aquilius, Mela, Ulp. fr. 17 § 6 de act. empti uend. 19, 1. Wie sind derartige Fälle nach dem B.G.B. zu beurteilen? Man kann hier nicht ohne weiteres ein Verhältnis annehmen, vermöge dessen der Käufer dem Verkäufer des Grundstückes gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Wenn der Käufer die Sachen des Verkäufers nicht in Verwahrung nehmen will, sondern ihm bloß gestattet, sie dort einstweilen noch zu lassen; so ist er kein Besitzer geworden, sondern bloß Innehaber. Also es bleibt möglich eine Innehabung durch gegenseitige Uebereinstimmung zu begründen. Von einer Innehabung für einen andern kann man hier kaum sprechen, der Käufer braucht sich um die Sachen nicht zu kümmern. Es liegt vor ein commodatum loci, wo die Haftung wegen der liegen gelassenen Sachen geringer als bei einer Aufbewahrung: Thöl, Handelsrecht, Bd. 1[6] § 272 S. 896; Seuffert's Archiv, Bd. 37 Nr. 305. Ein anderes Beispiel dieser Art. Ich gestatte dem Briefträger, seine Pakete in meinem Garten abzusetzen, bis er verschiedene Bestellungen gemacht hat, zu denen er diese Pakete nicht gebraucht.

Die Entstehung einer Innehabung durch Vertrag dürfte mit dem commodatum loci keineswegs erschöpft sein. Der Bergführer, welcher meine Sachen trägt, die ich fortwährend in meiner Nähe behalte, ist nur Innehaber. — Ebenso der Gepäckträger, welchem ich von einem Bahnhof zum andern folge, während sich mein Gepäck auf seinen Schultern befindet. Vergl. Wendt a. a. O. S. 68. — Auch wohl der Reisende, 'welchem ich während der Eisenbahnfahrt auf seine Bitte mein Kursbuch auf einige Augenblicke leihe': Strohal in Ihering's

Jahrb., Bd. 38 S. 11. — Ferner "wer ein geborgtes Bibliotheksbuch im Lesesaal der Bibliothek benutzt": Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 185 S. 66. — Die Dame, welcher der Zahnarzt ein Gebiß zur Probe einsetzte, ist damit erst Inhaberin geworden; Besitzer blieb zunächst der Zahnarzt: Juristische Wochenschrift, 24. Jahrgang 1895, S. 586 Nr. 19. — Wegen der Möglichkeit einer Sachmiete, welche dem Mieter bloße Innehabung, keinen Besitz verschafft, verweise ich auf § 18 Nr. I, 5c.

Ihering, Besitzwille, S. 512 flg. stellt Fälle dieser Art unter den Gesichtspunkt eines momentanen Detentionsverhältnisses. Allein das Merkmal des Augenblicklichen kann fehlen und wird häufig fehlen beim commodatum loci. Und selbst bei Leihe von beweglichen Sachen ist der Hauptnachdruck darauf zu legen, daß ich die Sachen in meiner Obhut behalte.

II. An Vorführung dieser drei Arten von Innehabung, die nach dem B.G.B. noch anzunehmen sind, knüpfe ich ein paar allgemeine Bemerkungen.

Bei der Innehabung für einen andern, wo die Römer den Besitz ausschlossen, macht das B.G.B. im allgemeinen den Innehaber zum Besitzer. Das B.G.B. ist hier wiederum zum ältern römischen Standpunkte zurückgekehrt.

Ueber das Detentionsverhältnis bei beweglichen Sachen urteilt Ihering, Besitzwille, S. 132 sehr geringschätzig: es sei eines der harmlosesten Rechtsinstitute, die je das Licht der Welt erblickt; es führe eine rein akademische Existenz; der Gesetzgeber könne es herausnehmen, ohne daß sich im bestehenden Rechtszustande das allermindeste ändern würde.

Das B.G.B. betrachtet ein großes Gebiet der römisch-rechtlichen Detention als Besitz und hat sich dabei nicht einmal auf bewegliche Sachen beschränkt. Andererseits ist die Innehabung von beweglichen Sachen keineswegs ganz beseitigt und wird sich schwerlich jemals ganz beseitigen lassen.

Die römische Entwicklung setzt ein beim colonus. Den Uebergang zu dieser Rechtsbildung könnte der Sklave gebildet haben, der schon thatsächlich für das zu bebauende Grundstück Pacht zahlte, und dem bei seiner Freilassung die Pacht gelassen

wurde: Vac. poss., Bd. 1 S. 98; Societas publ., Bd. 1 S. 420 flg. Man vermochte nicht sich einen Freigelassenen als Besitzer vorzustellen, der es in seiner Eigenschaft als Sklave nicht gewesen. Diese durch das Sklavereiverhältnis beeinflußte Rechtsbildung ist vom B.G.B. über Bord geworfen. Darum ist aber der vom B.G.B. als Besitzer Hingestellte kein gewöhnlicher Besitzer. Er hat immerhin die Sache für einen andern inne, für den mittelbaren Besitzer, dem sie einmal herauszugeben. Es verbindet sich hier Besitz und Innehaben für einen andern. Um den Begriff der Innehabung für einen andern sind wir um deswillen keineswegs gekommen, weil dieser Innehaber zum Besitzer gestempelt worden.

III. § 5. Das Rechtssubjekt.

Der Besitz ist ein Verhältnis von Mensch und Sache. Die Sache ist der Gegenstand, der Mensch das Subjekt des Besitzes.

Die Innehabung ist ebenfalls ein Verhältnis von Mensch und Sache. Aber neben dem Innehaber ist ein anderer der Besitzer, ein anderer das Rechtssubjekt.

Woran erkenne ich, ob ein körperliches Verhältnis bloße Innehabung oder Besitz?

Die Rechtsordnung kann unmittelbar eingreifen und bestimmen: dieses körperliche Verhältnis soll Besitz, jenes körperliche Verhältnis soll Innehabung sein. Aber im allgemeinen läßt die Rechtsordnung den Willen der einzelnen hierüber entscheiden.

Bei der Innehabung, welche durch gegenseitige Uebereinstimmung begründet wird, habe ich einen doppelten Willen. Bei der zufälligen Innehabung ist es das Fehlen eines Besitzerwerbswillens, weshalb mich die Rechtsordnung zum bloßen Innehaber stempelt. Am meisten Schwierigkeit macht die Innehabung neben und für einen andern.

Ich führte oben § 1 S. 5 aus, daß eine geistige Thätigkeit für die Besitzesfortdauer nicht wesentlich. Damit soll keineswegs gesagt sein, daß die geistige Thätigkeit während der

Besitzausübung der Rechtsordnung durchaus gleichgültig. Die Besitzesausübung wird nicht bloß von zufälligen Willenshandlungen begleitet; die Besitzausübung thut sich sogar kund durch eine Reihe von Willenshandlungen, welche das körperliche Verhältnis als Besitz erscheinen lassen.

Der Besitzer einer Wohnung ordnet an: wie die Möbeln zu stellen, wo die Bilder aufzuhängen, was Schlafstube, was Wohnstube sein soll u. s. w. Der Besitzer eines Gartens giebt Auftrag zum Graben, Säen, Pflanzen; läßt den Rasen besprengen, das Obst pflücken u. s. w.

An den Handlungen, die der einzelne vornimmt und wie er sie vornimmt, erkenne ich: ob der Einzelne Innehaber oder Besitzer. Wer Weisungen erteilt, denen andere zu folgen haben, ist der Besitzer: § 855.

Regelmäßig wird die Innehabung neben und für einen andern auf einem doppelten Willen beruhen. Der Besitzer ist damit einverstanden, daß der Hausgenosse neben und für ihn die Sache inne hat; der Wille des Hausgenossen ist ebenfalls hierauf gerichtet. Unter dieser Voraussetzung haben wir den Begriff der Stellvertretung: der Hausgenosse ist ein Stellvertreter in der Besitzausübung.

Indessen kann das Willensmerkmal auch in der einen oder andern Person versagen. Das Haus gehört einem kleinen Kinde; oder umgekehrt: ein kleines Kind wird allein in einem Hause zurückgelassen. In beiden Fällen haben wir ebenfalls eine Innehabuug neben und für einen andern. Das darf man aber keine Stellvertretung mehr nennen, da kein doppelter Wille vorhanden. Das eine Mal ist es ein bloßer Körper, für den inne gehabt wird; das andere Mal ein bloßer Körper, welcher inne hat.

Ein Hund würde den Besitz viel besser schützen können, als ein kleines Kind. Jemand läßt auf seinem Grundstücke einen Hund zurück, von dem er sicher ist: daß er jeden anpackt, der in seiner Abwesenheit versuchen würde, das Grundstück zu betreten. Das ist gleichwohl keine Besitzesausübung für einen Menschen, denn die Tiere verweist unsere Rechtsordnung unter die Sachen.

Weil das Willensmerkmal in der einen oder andern Person versagen kann, so folgt weiter: Geschäftsfähigkeit ist kein Erfordernis weder des Innehabers noch des Besitzers. Kinder und Geisteskranke können Innehaber sein, Kinder und Geisteskranke sind besitzfähig. Kinder und Geisteskranke werden bei der Besitzausübung in der Weise vertreten, daß andere statt ihrer die Weisungen erteilen.

Das römische Recht kennt einen Besitz, wo das körperliche Verhältnis bloß in der Person des Innehabers, nicht des Besitzers begründet ist. Hauptfälle: Verwahrung, Miete und Pacht. Man kann freilich zweifelhaft sein, ob das, was hier Besitz genannt worden, in der That als eigentlicher Besitz zu betrachten: siehe unten § 18 Z. I, 9. Jedenfalls hat das B.G.B. über diesen Fall der Innehabung einen Strich gemacht.

Der Besitzer braucht nicht gerade eine einzelne Person zu sein, es giebt auch einen Mitbesitz: siehe oben § 1 S. 2. Aber nicht jede Personenvielheit eignet sich zur Besitzesausübung. Wir sind dann auf den Vertreter angewiesen.

Andererseits ist nach dem B.G.B. der Vertreter, welcher für einen andern den Besitz ausübt, selber der richtige Besitzer: siehe unten § 18 Z. I, 11.

Wenn aber eine Personenvielheit nicht im Stande ist, selber den Besitz auszuüben, wenn diese Besitzausübung nur in der Weise möglich, daß der Vertreter ihn ausübt: so ist dieser Vertreter der richtige Besitzer, nicht die Personenvielheit.

Bei dieser Personenvielheit ist vor allen Dingen zu denken an die sog. juristischen Personen, aber nicht bloß an diese. In Bezug auf die juristischen Personen hat Dernburg, Das bürgerl. Recht, Bd. 3 § 14 S. 49 folgenden Satz aufgestellt: Bloße Besitzgehülfen sind die 'Vorstände einer Korporation, einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, oder der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wie auch die Liquidatoren solcher Genossenschaften, da alle diese Personen äußerlich erkennbar nicht für sich besitzen und den Anweisungen anderer Geschäftsorgane Folge zu geben haben'. Frage: wo bleibt denn aber der eigentliche Besitzer?

Die Ansicht Dernburg's bekämpft bereits Förtsch bei Gruchot u. s. w., Beiträge, Jahrgang 43 S. 545 flg. Nach Förtsch sind alle gesetzlichen Vertreter 'in der gleichen rechtlichen Stellung, sie sind selbst überhaupt nicht Besitzer, auch nicht Besitzdiener, sie bethätigen vielmehr den Besitz der vertretenen Personen, welche allein die Besitzer sind'.

Dies soll insonderheit gelten vom Vormunde. Hier liegt die Sache doch wohl so: der Vormund kann Besitzer sein, aber auch das Mündel; ist der Vormund der eigentliche Besitzer, so steht dem Mündel mittelbarer Besitz zu. Den Vormund lassen wir hier besser bei Seite, desgleichen den Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker und derartige Persönlichkeiten. Siehe darüber unten § 18 Z. I, 11, 12.

Förtsch schränkt seine Sätze schon selber in der Weise ein: sie sollen nur zutreffen, 'wenn die Vertretenen selbst nicht fähig sind, thatsächliche Gewalt über Sachen auszuüben, wie dies bei den juristischen Personen, Säuglingen, gänzlich Verrückten der Fall ist.'

Dem gegenüber hebe ich hervor: ein Säugling, welcher in seinem eigenen Hause wohnt, ist Besitzer dieses Hauses, mag er einen Vormund haben oder mag er ohne Vormund sein. Ebenso verhält es sich mit den Geisteskranken, auch wenn sie gänzlich verrückt sind. Mithin bleiben nur übrig die juristischen Personen.

Wie es bei der sog. juristischen Person mit dem Rechtssubjekte bestellt, ist ja sehr streitig. Nach Windscheid ist die juristische Person eine fingierte Person; nach Brinz soll das Vermögen für einen Zweck gehören; Gierke ist für die reale Gesammtperson eingetreten. Ich selber habe die Ansicht verteidigt, daß wir bei Körperschaften die jeweiligen Mitglieder als die Rechtssubjekte zu betrachten haben: Societas publicanorum, Bd. 1 S. 258 flg.

Versuchen wir es mit diesen Ansichten beim Besitze. Eine fingierte Person ist eine Nichtperson, eine Nichtperson kann nicht besitzen. Nicht viel anders ist es mit der realen Verbandsperson bestellt. Wenn eine Gemeinde 10000 Mitglieder

zählt, so soll nach Gierke daneben eine 10001te Verbandsperson vorhanden sein. Diese 10001te Person ist jedenfalls kein Mensch, der Besitz ist ein körperliches Verhältnis von Mensch und Sache: mithin kann auch die Verbandsperson nicht besitzen. Brinz sein Zweck ist hierzu ebensowenig tauglich. Demnach bleiben nur übrig die jeweiligen Mitglieder einer Körperschaft. Für diese sind die Voraussetzungen des Besitzes aber auch nicht unter allen Umständen gegeben.

Das possidere posse der municipes hat bereits die römischen Rechtsgelehrten beschäftigt: Paul. fr. 1 § 22 Ulp. fr. 2 de adq. uel am. poss. 41, 2. Daß der Streit von ihnen wissenschaftlich ausgetragen sei, läßt sich kaum behaupten. Das B.G.B. ist ganz dazu angethan, dem Streite neue Nahrung zu gewähren.

Ich nehme meinen Ausgang vom einfachen Vereine. Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung: § 54 S. 1. Bei einer Gesellschaft werden häufig sämmtliche Gesellschafter als die Besitzer zu betrachten sein. Beim einfachen Verein ist dasselbe möglich.

Einfache Vereine sind z. B. die Studentenverbindungen. Wer ist Besitzer ihres Verbindungshauses? Ich sollte meinen: die jeweiligen Mitglieder der Verbindung.

Studentenverbindungen können durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangen: B.G.B. § 21. Ob eine Studentenverbindung Rechtsfähigkeit erlangt oder als einfacher Verein besteht, ist für den Besitz meines Erachtens nicht Ausschlag gebend. Ich halte in beiden Fällen die jeweiligen Mitglieder für die Besitzer.

Somit hätten wir schon eine juristische Person, wo uns die jeweiligen Mitglieder als die Besitzer entgegentreten. Das ist indes nicht überall durchführbar.

Ich wende mich zu den Aktiengesellschaften. Als Menschen kommen in Betracht: der einzelne Aktionär, die Vielheit der jeweiligen Aktionäre, die Vielheit der gegenwärtigen und künftigen Aktionäre, die in einer Generalversammlung beschließenden

Aktionäre, der Vorstand, der Aufsichtsrat. Die Aktiengesellschaft betreibe eine Fabrik. Wer ist Besitzer dieser Fabrik?

Die Besitzausübung kommt vor allen Dingen zum Ausdruck in der Geschäftsführung. Also können wir die Frage auch so stellen: wem liegt die Geschäftsführung ob?

Die Geschäftsführung ruht in den Händen des Vorstandes: H.G.B. § 241 Abs. 1. Die Geschäfte werden für andere geführt, die Aktionäre, die Aktiengesellschaft. Insofern ist von einer Vertretung der Gesellschaft die Rede: H.G.B. § 232 Abs. 2. 'Die Aktiengesellschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten': H.G.B. § 231 Abs. 1. Die Willenserklärungen erfolgen vom Vorstande und werden von ihm entgegengenommen: H.G.B. § 232 Abs. 1.

Der einzelne Aktionär als solcher ist zur Geschäftsführung nicht berechtigt. Der einzelne Aktionär hat in der Fabrik nichts zu suchen und kann wie jeder Dritte hinausgewiesen werden. Ein sicheres Zeichen, daß der einzelne Aktionär kein Besitzer.

Darum könnte aber doch der Gesammtheit der jeweiligen Aktionäre ein Einfluß auf die Geschäftsführung eingeräumt sein. Aber es ist nur schwierig, alle unter einen Hut zu bringen. Das Bedenken macht sich geltend, das schon Paulus ausgesprochen hat fr. 1 § 22 de adq. uel am. poss. 41, 2: quia uniuersi consentire non possunt.

So ist man denn dahin gelangt, dies Eingreifen in die Geschäftsführung von Mehrheitsbeschlüssen abhängig zu machen. H.G.B. § 250. 'Die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere auf die Führung der Geschäfte, zustehen, werden durch Beschlußfassung in der Generalversammlung ausgeübt.'

Diese Mehrheit erscheint als die Vertreterin sämmtlicher Aktionäre: mögen dieselben für oder gegen den Beschluß gestimmt haben, mögen dieselben zugegen oder abwesend gewesen sein, sowohl der gegenwärtigen wie der künftigen Aktionäre. Vgl. Societas publicanorum Bd. 1 S. 266, 267.

Nach § 235 des H.G.B. ist der Vorstand 'der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche . . . durch

Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.'

Der Vorstand hat den Weisungen der Generalversammlung Folge zu leisten. Die in der Generalversammlung Beschließenden sind Vertreter der Aktiengesellschaft. Also könnte man schließen wollen: nach § 855 des B.G.B. ist die Aktiengesellschaft die Besitzerin, die Mitglieder des Vorstandes sind bloße Innehaber.

Allein es fehlt für die Anwendbarkeit des § 855, oder es kann wenigstens leicht fehlen, eine wesentliche Voraussetzung. Die Aktiengesellschaft setzt sich zusammen aus den jeweiligen Mitgliedern. Ist dies eine große Vielheit, die durch Eintreten neuer, Ausscheiden alter Mitglieder einem fortwährenden Wechsel unterworfen: so haben wir eine Vielheit vor uns, nicht geeignet zur Besitzausübung; eine Vielheit, der das körperliche Verhältnis abgeht; eine besitzunfähige Vielheit.

Allerdings handelt der Vorstand im Namen der Aktiengesellschaft. Was angefertigt wird in einer solchen Fabrik, wird angefertigt für die Aktiengesellschaft; das eingenommene Geld gehört der Aktiengesellschaft; die eingekauften Rohmaterialien sind deren Eigentum. Aber Besitzer der angefertigten Waren, des eingenommenen Geldes, der eingekauften Rohmaterialien sind und bleiben zunächst die Mitglieder des Vorstandes.

Der Aktiengesellschaft könnte höchstens mittelbarer Besitz zugeschrieben werden. So wirft sich denn die Frage auf: ob hier ein Verhältnis vorliegt, das dem § 868 einzureihen wäre. Auch diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen.

Die einzelnen Mitglieder eines Vorstandes können ja wechseln. Aber der Vorstand als solcher ist der Aktiengesellschaft gegenüber kein bloßer Zeitbesitzer, sondern ein Dauerbesitzer. Der Vorstand ist der Aktiengesellschaft wesentlich: H.G.B. § 182 Abs. 2 Z. 4. Die Aktiengesellschaft kann dem Vorstande gegenüber nicht in dieser Weise auftreten: gieb gefälligst den Besitz heraus, wir, die Gesammtheit, wollen an deiner Statt den Besitz ausüben. Wird die Aktiengesellschaft aufgelöst, so

fällt freilich auch der Vorstand zusammen. Aber wenn ich die Frage zu beantworten habe: ob der Vorstand einer Aktiengesellschaft Zeitbesitzer oder Dauerbesitzer — so ist eine solche Frage doch nur vom Standpunkte einer bestehenden Aktiengesellschaft zu entscheiden.

Nicht jeder, der Anweisungen zu erteilen, ist darum schon mittelbarer Besitzer. Der Einkaufskommissonär hat ebenfalls den Anweisungen des Kommittenten Rechnung zu tragen, ohne daß deshalb dem Kommittenten schon mittelbarer Besitz zustände: siehe unten § 18 Z. I, 13.

Es bleibt noch zu betrachten das Eingreifen des Aufsichtsrates in Gemäßheit von § 246 des H.G.B. Dem Aufsichtsrate sind hier eine Reihe von Besitzesbefugnissen zugestanden: er hat die Geschäftsführung zu überwachen. Aber nicht jeder, welcher eine überwachende Thätigkeit ausübt, und von diesem Gesichtspunkte aus in eine Verwaltung eingreift, ist darum schon mittelbarer Besitzer. In dieser Lage befindet sich auch das Vormundschaftsgericht dem Vormunde gegenüber — vgl. z. B. § 1818 des B.G.B. — ohne daß um deswillen die Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes gegeben wären.

An diese Betrachtung der Aktiengesellschaft will ich jetzt eine Reihe ganz bestimmter Fragen knüpfen.

Wer ist Besitzer des Postgebäudes in Jena, des Oberlandesgerichtsgebäudes, des Gymnasiums, der Kaserne, des Rathauses, des Universitätsgebäudes, der Kirchen?

Was das Postgebäude anbetrifft, so ist der Postdirektor, soweit seine Amtswohnung reicht, als Besitzer dieser Wohnung anzusehen. Wer besitzt aber die übrigen Räume des Postgebäudes, wer die beweglichen Sachen, als da sind: Gelder, Postwertzeichen, Mobiliar u. s. w.? Das Reich besteht aus den jeweiligen Reichsangehörigen. Diesen kann man zwar das Eigentum, aber nicht den Besitz zuschreiben. Ich halte den Postdirektor für den eigentlichen Besitzer auch der nicht von ihm bewohnten Räume sowie der in Frage stehenden beweglichen Sachen.

Der eigentliche Besitzer des Oberlandesgerichtsgebäudes

ist meines Erachtens der Präsident des Oberlandesgerichts. Das Gymnasium besitzt der Direktor. Das Eigentum kommt in beiden Fällen dem weimarschen Staate zu.

Die Kaserne besitzt der kommandiereude Major, das Rathaus der Bürgermeister. Das Eigentum hat in beiden Fällen die Gemeinde.

Der Major ist zugleich Besitzer der in seinem Bezirke aufgestellten Schilderhäuschen. Der Soldat, welcher das Schilderhäuschen behütet, ist bloßer Innehaber: Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 185 S. 66.

Das Universitätsgebäude besitzt entweder der Prorektor oder der Kurator. Da dem Kurator als Immediatkommissar die Vermögensverwaltung unterstellt, werden wir ihm den Besitz zuzusprechen haben. Jedenfalls ist der Besitz des der Universität vermachten Nachbarhauses dem Kurator übertragen worden. Die Universität als Körperschaft ist Eigentümerin.

Die Kirchen besitzt meines Erachtens der Geistliche, welcher sie schließen und öffnen läßt. Das Eigentum steht zu der kirchlichen Gemeinde.

Bis dahin beschäftigten uns nur die Körperschaften. Regelmäßig ist die Vielheit der jeweiligen Mitglieder nicht geeignet, den Besitz selber auszuüben. Wir müssen daher nach irgend einem Vorstande suchen, welchen wir als Besitzer hinstellen können.

Die Sachlage ist keine wesentlich verschiedene, ob wir es mit einem rechtsfähigen oder einfachen Vereine zu thun haben. Die Eintragung kann unmöglich für den Besitz von Ausschlag gebender Bedeutung sein. Auch bei einfachen Vereinen wird häufig nicht die Vielheit der jeweiligen Mitglieder als eigentliche Besitzerin in Betracht kommen.

Neben den rechtsfähigen Vereinen erscheinen im B.G.B. §§ 80—88 die Stiftungen als juristische Personen. Sie können sich entweder an eine Körperschaft anlehnen oder selbständig dastehen. Im ersteren Falle haben wir den Besitzer irgendwo in der Körperschaft zu suchen, bei den selbständigen Stiftungen sind wir auf den Vorstand angewiesen.

Wem bei selbständigen Stiftungen das Eigentum zusteht, ist eine noch unausgetragene Frage. Vielleicht wäre anzuknüpfen an den Satz: es ist möglich, daß ein Vermögen zeitweilig niemand gehört. Ein solcher Zustand läßt sich in beliebiger Weise verlängern; so lange, bis es ein Interesse hat, sich nach dem Eigentümer umzusehen.

Nach Förtsch a. a. O. S. 548 soll der Besitz der juristischen Person eine Fiktion sein; aber grade aus der Zulassung dieser Fiktion sich ergeben, 'daß die Vertreter nicht auch Besitzer sind'.

Wenn uns diese Fiktion im B.G.B. entgegenträte, würden wir die Frage zu beantworten haben: was mag damit bezweckt sein? Da aber von einer solchen Fiktion im Gesetzbuche nirgends die Rede, genügt folgende Abwehr: ein fingierter Besitz ist ein Nichtbesitz, ein Nichtbesitz kann unmöglich dem Besitze der Vertreter im Wege stehen.

Nach Förtsch a. a. O. S. 549 enthielte das B.G.B. ungeschrieben folgenden Satz: 'wenn gesetzliche Vertreter für die von ihnen vertretene Person die thatsächliche Gewalt ausüben, so ist nur die vertretene Person Besitzer'.

Daß nicht alle gesetzliche Vertreter auf gleiche Stufe zu stellen, wurde bereits hervorgehoben. Ich gehe hier wieder zurück auf die Körperschaften.

Beim gewöhnlichen Vertreter, der im Namen eines andern handelt, entsteht in seiner Person Zeitbesitz, in der Person des Vertretenen mittelbarer Besitz: siehe unten § 18 Z. I, 11. Bei den Köperschaften fehlt es an einem Verhältnisse, welches nach § 868 mittelbaren Besitz entstehen ließe. Hier ist regelmäßig ein Vorstand der Dauerbesitzer.

Aber eigenartig steht dieser Besitzer da: für die Vielheit erlangt er Eigentum, für sich selber Dauerbesitz. Er nimmt die Mitte ein zwischen einem Einkaufskommissionär, der für sich Eigentum wie Besitz erwirbt, und einem Bevollmächtigten, der dem Vertretenen Eigentum und mittelbaren Besitz verschafft.

Diese Eigenartigkeit legt es nahe, sich nach einem besondern Kunstausdrucke umzusehen. Vielleicht läßt sich ein solcher nach-

bilden einer verwandten Erscheinung auf dem Gebiete des Lehenrechts.

Wo eine lehensunfähige Person belehnt wird, ist ein prouasallus, Lehenträger, erforderlich, um für erstere einen lehensfähigen Vertreter zu haben: Paul Roth, Mecklenburgisches Lehenrecht, S. 43.

So bedürfen wir auch für eine Vielheit, die nicht selber im Stande, Besitz auszuüben, einen besitzfähigen Vertreter. Ich möchte diesen Vertreter einen Besitzträger nennen.

Solche Besitzträger wären: der Postdirektor für das Postgebäude, der Präsident des Oberlandesgerichts für das Oberlandesgerichtsgebäude, der Direktor für das Gymnasium, der Major für die Kaserne, der Kurator für das Universitätsgebäude, der betreffende Geistliche für die Kirchen.

Zweite Abteilung.

Besitzerwerb.

I. Allgemeine Gesichtspunkte.

a) § 6. Die gemeinrechtliche Anschauung.

Paulus hat den Satz aufgestellt: der Besitz wird erworben durch Willen und körperliches Verhältnis. Als Regel mag man sich diesen Satz gefallen lassen. Daß das körperliche Verhältnis unter keinen Umständen zum Besitzerwerbe ausreiche, diese Behauptung muß zurückgewiesen werden.

Die Ansicht des Paulus ist Jahrhunderte lang als unumstößliche Wahrheit hingenommen, und gilt als solche noch heutzutage den hervorragendsten Schriftstellern. Nach Windscheid ist der Besitz, bei welchem aller Wille fehlt, ein dem Rechte gleichgültiges Factum. Nach Ihering ist ein Besitz ohne den Willen gar nicht möglich. Nach Pininski leidet der Satz des Paulus keine Ausnahme. Nach Kuntze ist der Besitzwille der begriffliche Kern des Besitzes; es ist der Geist, der sich den Körper baut. Dernburg, Pandekten, Bd. 1[4] § 174, wiederholt in der fünften Auflage, sagt: 'Es kommt vor, daß jemand willenlos eine Sache inne hat. Einem Schlafenden z. B. wird etwas in die Hand gelegt, ein Kind, ein Geisteskranker ergreift eine Sache. Das ist Innehabung in

rein physischem Sinn, rechtlich unerheblich.' Ferner Bd. 1[4. 5] § 179: 'Zum juristischen Besitz ist erforderlich, daß sich zur Apprehension der Sache der Besitzwille gesellt.'

In der allerneuesten Litteratur lassen sich Stimmen vernehmen, welche einen Besitzerwerb ohne Erwerbswillen für möglich erklären. Als Vertreter dieser Meinung nenne ich Kindel, Grundlagen des römischen Besitzrechts, S. 212; Strohal, Succession in den Besitz, S. 94; Heß, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Strafrechts, S. 19 derselbe, Besitzen heißt gesichert sein, S. 27, 29; Bekker in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 34 S. 28 flg. Bei Pininski, Sachbesitzerwerb, Bd. 2 S. 168 werden außerdem genannt: Krainz, System des österr. Privr., Bd. 1 § 172; Burckhard, System des österr. Privr. § 137. Dernburg, Pand., Bd. 1[5] § 179 Anm. 1 enthält den Zusatz: 'Aber denkbar ist die Herstellung der Gewalt auch ohne dies (d. h. ohne den Willen), z. B. wenn die Sache in unsere geschlossenen Räume gekommen ist.' Man denkt dabei namentlich an den Besitzerwerb aus bereits bestehenden Sachen: mein Huhn legt ein Ei, ein Apfel fällt vom Baum; oder an Sachen, die in meiner Wohnung niedergelegt werden; an Tiere, die sich in meinen Schlingen fangen.

In Fällen dieser Art ließe sich wohl noch ein entfernter Erwerbswille herausbringen. Man hält sich deshalb Hühner, damit sie Eier legen; man pflanzt Bäume, damit sie Obst tragen; man erwartet, daß der Kaufmann die bestellten Waren in meine Wohnung schicke; man hofft, daß sich Tiere in meinen Schlingen fangen.

Wie ist es aber mit den Raupen auf meinen Bäumen, den Blattläusen auf meinen Rosen? Die besitze ich doch auch, obgleich ich sie gar nicht haben will. Man wird sich so helfen können: wer sich Bäume, Rosen pflanzt, muß sich sagen, daß sich Raupen, Blattläuse einstellen werden. So ließe sich wohl selbst für derartige Dinge ein entfernter Besitzwille annehmen.

Ja, wir haben diesen entfernten Besitzwillen im allgemeinen sogar nötig, um diesen Besitzerwerb abgrenzen zu können von

der zufälligen Innehabung des § 867, die uns oben § 4 Nr. I, 2 S. 43 beschäftigte.

Trotz alle dem wird an der Möglichkeit eines Besitzerwerbes ohne allen Willen festzuhalten sein. Für den Besitzerwerb am Obste mag ein entfernter Wille vorhanden sein, wenn ich den Baum selber pflanzte oder ein Grundstück kaufte, auf dem der Baum schon stand: wie verhält es sich indes mit den Äpfeln, die vom Baume meines Nachbarn auf mein Grundstück fallen? Sie werden in Gemäßheit von § 911 S. 1 mein Eigentum. Von diesem Eigentumserwerb kann man unmöglich den Besitzerwerb trennen wollen. Wo bleibt aber hier der Besitzerwerbswille?

C. Frank, Der Besitzwille, S. 59 meint: 'der Besitzer des Grundstücks will den Ueberfall so intensiv wie nur denkbar, ist es doch eine bekannte Erfahrung, daß man sich auf die so erworbenen Früchte fast mehr frent, wie auf die eignen.'

Aber Sichfreuen ist keine Willenshandlnng. Bei einer Willenshandlung stelle ich mir ein Künftiges vor, das durch mein Thun hervorgebracht wird. Siehe unten § 10.

Diese Handlung scheint Frank in einer Unterlassung zu finden: 'wollte der Nachbar ihn (den Ueberfall) nicht, so würde er unzweifelhaft eine Schutzvorrichtung anbringen, die den Ueberfall verhinderte. Der Mangel einer solchen läßt hingegen den Schluß auf das Wollen des durch den Ueberfall bewirkten Zustandes zu.'

Hier wird mit einander verwechselt Nichterwerb und Ablehnung des Erwerbes. Eigentum und Besitz wird von Rechtswegen erworben, sobald der Apfel vom Baume auf das Nachbargrundstück gefallen. Baue ich nun ein Dach, welches den fallenden Apfel meinem Grund und Boden fernhält, und ihn zurückwirft auf das Grundstück des Baumeigentümers; so habe ich nur die Voraussetzungen vereitelt, von denen die Rechtsordnung den Eigentums- und Besitzeserwerb abhängig macht. Daraus folgt nicht, daß der Erwerb auf meinem Willen beruht, mein Wille ist in dieser Beziehung ganz überflüssig.

Das Bauen des Schutzdaches wendet den Besitz und Eigentumserwerb ab, das Nichtbauen läßt der Rechtsordnung freien Spielraum, die der Zustimmung des Einzelnen gar nicht bedarf. Darum brauche ich die Äpfel noch immer nicht zu behalten. Ich kann ja zum Nachbarn schicken und ihn auffordern, die Äpfel für sich zu sammeln.

Ein anderes Beispiel bei Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 186 S. 68: 'ein gestohlener Hund entläuft .. dem Diebe und findet sich auf dem Hofe seines Herrn ein, während Herr und Dienerschaft schlafen.'

Neben dem Willen der einzelnen, ja vor dem Willen der einzelnen kommt in Betracht der Inhalt der Rechtsordnung. Der auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes herrschenden Auffassung ist folgender Haupteinwand entgegenzustellen. Wäre es richtig, daß ein Besitzerwerb ohne darauf gerichteten Willen gar nicht möglich; so könnte es keine Rechtsordnung geben, welche etwas Derartiges vorschriebe. Denn was logisch unmöglich, kann auch ein Gesetzgeber nicht möglich machen. Dem gegenüber erhebt sich die Frage: wie kommt der Wille der einzelnen dazu, auf dem Gebiete des Besitzes eine solche Macht auszuüben? Der Souverän auf dem Willensgebiete ist die Rechtsordnung, nicht der Wille der einzelnen. Besitz ist, was die Rechtsordnung als solchen hinstellt.

Sofern der Besitzerwerb von einem auf Besitzerwerb gerichteten Willen abhängig gemacht, ist dieser Wille doch nur ein von der Rechtsordnung erlaubter; es liegt nichts anders als ein Wollendürfen vor. Zum Besitzerwerbe ist nicht ausreichend körperliches Verhältnis und Besitzwille des einzelnen; es muß außerdem die Rechtsordnung sich mit diesem Besitzerwerbe einverstanden erklären. Die Rechtsordnung kann sagen: wenn auch in deiner Person das körperliche Verhältnis begründet ist, wenn du auch den Besitzwillen hast; du sollt doch kein Besitzer sein. Ferner kann die Rechtsordnung bestimmen: dieses körperliche Verhältnis soll Besitz sein, obwohl gar kein auf Besitzerwerb gerichteter Wille vorhanden war.

b) § 7. Der Ausgangspunkt des römischen Rechtes.

Die Berücksichtigung des Besitzwillens im römischen Rechte ist ein neuerer Anbau. Der Besitzwillen in seiner Allgemeinheit läßt sich nicht über Labeo hinaus verfolgen.

Die altrömische Rechtsordnung sah bloß auf das körperliche Verhältnis. Das ist natürlich nicht so zu verstehen, als ob es in alter Zeit keinen Besitzwillen gegeben hätte. Wer eine Sache okkupierte, eintauschte, wird schon in alter Zeit den Besitzwillen gehabt haben. Aber die Rechtsordnung kümmert sich vorläufig nicht um diesen Willen.

Brutus und Manilius, um die Mitte des zweiten Jahrhunderts v. Chr., nehmen den Besitz eines Schatzes an, von dem der Besitzer des Grundstückes gar keine Ahnung hatte: fr. 3 § 3 de adq. uel am. poss. 41, 2. Beim thensaurus dieser Stelle ist noch nicht an den späteren engern Begriff zu denken.

Der Wille kommt nur für den minderwertigen Besitz in Betracht. Wer heimlich, gewaltsam oder auf beliebigen Widerruf einem andern gegenüber besaß, konnte von diesem vertrieben und mittelst Interdikte belangt werden. Zum Siegen in einem derartigen Interdiktsprocesse war ein Besitzwille gar nicht erforderlich. Ein Kind konnte nec ui nec clam nec precario Besitzer sein und hatte Anspruch auf das Interdiktum Unde ui, wenn es gewaltsam seines Besitzes entsetzt war.

Die actio ad exhibendum hatte von Haus aus Besitz in der Person des Beklagten zu ihrer Voraussetzung: fr. 8 ad exh. 10, 4. Darunter war ursprünglich nichts anderes zu verstehen, als ein körperliches Verhältnis. Als später die Lehre vom Besitzwillen aufkam, entstanden hier Schwierigkeiten: fr. 15 ad exh. 10, 4 und dazu oben § 3 S. 33.

Zum Beweise ist, alter Vorstellung gemäß, ausreichend das körperliche Verhältnis. Paul. 5, 11 § 2: sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneant.

Wir können das römische Recht gar nicht verstehen, wenn wir nicht zuvörderst den Besitzwillen ganz bei Seite lassen. So erklärt sich der Besitz des Prekaristen, Pfandgläubigers,

Sequesters. Alle drei sind Besitzer, weil sie auf dem Grundstücke verweilen, bezw. die Sache in ihrer Obhut haben. Andererseits ist alter Anschauung zufolge kein Besitzer, wer eine Sache als Prekarium oder Faustpfand hingab oder einen Sequester bestellte: denn in ihrer Person ist ja kein körperliches Verhältnis mehr vorhanden.

So lange man auf den Willen keine Rücksicht nahm, erscheint der Besitz als ein einheitliches Einerlei. Ob jemand ein Grundstück betritt als Eigentümer, Prekarist, Nießbraucher; ja selbst wenn er den Eigentümer gewaltsam des Besitzes entsetzt hat: alles gleichviel. Das körperliche Verhältnis ist in allen Fällen dasselbe, und damit der Besitz gegeben. Ebenso erklärlich ist der Besitz des Räubers und des Diebes: beide haben ja eine Sache in ihre Obhut genommen und der Obhut eines anderen entzogen.

Bei Meischeider, Besitz und Besitzschutz, S. 19 liest man: 'Das Problem aber, eine rechtsdogmatische Erklärung dafür zu geben, daß der Eigentümer, der redliche Besitzer, der Dieb und Räuber, der Pfandgläubiger, der Prekarist, der Sequester und der Emphyteuta den animus possidendi und damit Besitz haben sollen, während beides dem Usufructuar, dem Pächter, dem Commodatar und dem Depositar abgesprochen wird, ist ebenso unlösbar, wie das der Quadratur des Zirkels'.

Was heißt rechtsdogmatische Erklärung? Hat Meischeider damit auf den Stellenvereinigungsstandpunkt hinweisen wollen? Der versagt in vielen Fällen, ohne daß man deshalb schon von Rätseln sprechen darf. Besitzwille sowohl wie Detention sind spätere Anbauten, die aber nicht im Stande waren, die alte Auffassung vollständig zu beseitigen. Für eine derartige Entwicklung des römischen Rechts weitere Beispiele anzuführen, scheint überflüssig. Der Vergleich mit der Quadratur des Zirkels paßt um so weniger, als hier in neuerer Zeit die Unlösbarkeit wirklich nachgewiesen sein soll.

Auf den Begriff körperliches Verhältnis gehe ich nicht näher ein. Ich habe davon schon früher ausführlich gehandelt: Vac. poss. Bd. 1 S. 157 flg. Nicht zu allen Zeiten

und nicht von allen ist unter corpus dasselbe verstanden. Ich beschränke mich hier darauf, eine von Hruza neuerdings entwickelte Ansicht zurückzuweisen.

Nach Hruza Sachbesitzerwerb in Grünhut's Zeitschrift Bd. 24 S. 233 soll corpus soviel bedeuten wie körperliche Handlung. Von diesem Gesichtspunkte aus wird namentlich betrachtet Proculus fr. 55 de adq. rer. dom. 41, 1 und bei dieser Betrachtung zu Hülfe genommen Paul. fr. 3 § 3 de adq. uel am. poss. 41, 2.

Die letzere Stelle beginnt: Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Nach Kübler, Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 24 S. 51 ist non vor posse zu streichen. Ursprünglich wird dieses non allerdings gefehlt haben; aber es könnte schon von den Justinian'schen Kompilatoren herrühren, oder gar früher interpoliert sein. Ebenso empfiehlt es sich, vor dem si des Nachsatzes ein et einzuschieben. Ferner ist Neratius mit Nerua zu vertauschen: Vac. poss. Bd. 1 S. 165 Anm. 1. Vgl. Ulp. fr. 9 § 9 de reb. cred. 12, 1: Nerua Proculus . . . animo enim coepit possidere.

Auf Grund der Regel wird gefolgert: ideoque si thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Der Besitzerwerb soll eintreten, weil das mangelhafte körperliche Verhältnis durch den Willen voll gemacht wird. Das legt den Schluß nahe: wäre das körperliche Verhältnis vollständig in Ordnung gewesen, so hätte dieses allein zum Besitzerwerbe genügt.

Das angeführte fr. 55 bringt uns den Eber, der sich in einer Schlinge gefangen hat. Nach Proculus ist das Eigentum erworben: si in meam potestatem peruenit. Vom Eigentumserwerb läßt sich hier der Besitz nicht trennen. Also genügt zum Besitzerwerb das bloße körperliche Verhältnis.

Aber Hruza a. a. O. S. 290 nennt dies Besitzerwerb 'solo animo ohne Apprehension'. Das ist um so fehlsamer,

als ja auch ein Dritter ohne mein Wissen auf meinem Grundstücke die Schlinge gelegt haben könnte.

Hruza a. a. O. S. 289 stellt auf gleiche Stufe den verborgenen Schatz mit dem Tiere, das sich in einer Schlinge gefangen. Dagegen ist schon Widerspruch einzulegen.

Der verborgene Schatz soll so gut in der potestas des Grundeigentümers sein, wie das Tier in der des Fallenstellers. Müßte doch wohl heißen Grundeigentümers.

Jene potestas hätte Proculus als zureichenden Grund für den Besitzerwerb solo animo angesehen. Grundfalsch. Das Vorhandensein eines Schatzes in einem Grundstücke ist noch lange keine custodia, ein unvollkommenes corpus; deshalb wird der possidendi affectus zu Hülfe genommen.

Der in der Falle festgehaltene Eber wäre ebenfalls solo animo ohne Apprehension erworben. Von einem possidendi affectus ist aber gar keine Rede, sondern lediglich von einem körperlichen Verhältnis, das Proculus als ausreichende custodia betrachtet. Genau genommen ist freilich neben dem körperlichen Verhältnis ein entfernter Besitzwillen vorhanden, wenn der Eigentümer zugleich der Fallensteller: siehe oben § 6 S. 59.

Diese 'potestas-Lehre des Proculus' scheint dann nach Hruza S. 298 durch § 854 des B.G.B. 'ohne Einschränkungen und mit allen Consequenzen geltendes Recht geworden zu sein'. Allerdings bedeutet § 854 Abs. 1 Rückkehr zu altrömischer, nicht bloß Proculejanischer Anschauungsweise; aber doch in ganz anderer Weise, als Hruza sich vorstellt.

c) § 8. Eine Ansicht Papinian's.

Ich komme jetzt zur vielbesprochenen c. 3 de adq. et ret. poss. 7, 32. Imp. Decius A. Rufo a. 250.

Donatarum rerum a quacumque persona infanti uacua possessio tradita corpore quaeritur. quamuis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius uidetur interim, licet animi plenus non fuisset effectus (adfectus), possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin, sicuti uiri consultissimi Papiniani

responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.

An geschenkten Sachen wird dem Kinde eingeräumter leerer Besitz von einem jeden körperlich erworben. Denn obgleich die Ansichten der Rechtsgelehrten auseinandergehen, hat es doch mehr für sich, daß einstweilen, wenn auch ein vollständiges Willensverlangen, animi plenus adfectus, nicht vorhanden gewesen, der Besitz durch Tradition erworben wurde. Sonst wird, wie des Rechtes kundigster Papinian in einem Gutachten ausführt, nicht einmal durch einen Vormund dem Kinde Besitz erworben werden können.

Statt des handschriftlichen effectus wird meistens adfectus gelesen. Effectus läßt sich halten, indem man infans ergänzt, und giebt dann denselben Sinn: wenn auch das Kind seinen vollen Verstand noch nicht erlangt hatte.

Die uacua possessio tradita weist uns auf Grundstücke hin. Wir haben zu unterscheiden die Volltradition und die Einräumung leeren Besitzes. Die Einräumung leeren Besitzes verschafft noch keinen Besitz, sondern nur die Möglichkeit, Besitz zu erwerben an einem von einem andern bis dahin besessenen Grundstücke. Am anschaulichsten tritt uns die Einräumung leeren Besitzes in den ravennatischen Urkunden entgegen. Bei Marini 114 haben die Verkäufer erklärt: daß sie und die Ihren alle herausgegangen seien; und haben dem Käufer wie seinen Erben gestattet: hineinzugehen und damit Besitz zu ergreifen. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 307 flg.

So weit ist die Sache in unserer Stelle schon gediehen. Es fehlt aber noch der Besitzerwerb, der für ein Kind zu beschaffen. Der Vater, welchem das Grundstück geschenkt und dem schon leerer Besitz eingeräumt war, ist vielleicht vor dem Besitzerwerbe gestorben mit Hinterlassung eines kleinen Kindes. Wie ist dieser Besitzerwerb zu beschaffen?

Er soll bloß körperlich vor sich gehen, ohne daß eine Willenserklärung des Kindes erforderlich; und dieser körperliche Erwerb kann dem Kinde von jedem beliebigen besorgt werden. Setzen wir also, ein Sklave, Dienstbote nimmt das Kind an

die Hand und führt dasselbe aufs Grundstück; oder das Kind kann noch nicht laufen und wird deshalb aufs Grundstück getragen. Hier haben wir einen Besitzerwerb in der Person des Kindes, bewirkt durch Herstellung des körperlichen Verhältnisses zwischen Kind und Grundstück.

Wollte man dies nicht zugeben, meint Papinian, so könnte einem Kinde nicht einmal durch den Vormund Besitz erworben werden. Hieran hat man Anstoß genommen. Daß einem Kinde durch den Vormund Besitz erworben werde, stand längst fest, vgl. Neratius fr. 13 § 1 de adq. rer. dom. 41, 1. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo ... illis adquirit.

Ein solcher Erwerb durch den Vormund ist in doppelter Weise denkbar. Der Vormund kauft für das Kind ein Wertpapier und nimmt dasselbe in Verwahrung. An diesen Fall ist hier nicht zu denken. Genau genommen, wird das Kind in Fällen dieser Art gar nicht eigentlicher Besitzer, sondern erlangt der Hauptsache nach nur einen Besitzanspruch gegen seinen Vormund; nach dem B.G.B. wird es mittelbarer Besitzer. Wir haben uns die Sache so vorzustellen, daß das Kind wirklichen Besitz erhält. Dies kann ein Vormund auch nur in der Weise bewerkstelligen, daß er in der Person des Kindes das körperliche Verhältnis herstellt: z. B. das Kind an die Hand nimmt und aufs Grundstück führt.

Man hat sich viele Mühe gegeben, diese Stelle mit dem Satze des Paulus in Einklang zu bringen — siehe neuerdings wiederum C. Frank, Besitzwille, S. 40 —; auch wohl versucht, das Anwendungsgebiet der besprochenen c. 3 möglichst einzuschränken: Litteratur bei Siepmann, Besitzerwerb des Kindes S. 9 flg. Allein es ist kein Zweifel möglich, daß Paulus und Papinian in Bezug auf den Besitzerwerb einen ganz verschiedenen Standpunkt einnehmen. Nach Papinian kann ein Kind ohne Willenshandlung Besitz erwerben, nach Paulus ist ein Besitzerwerb ohne Willenshandlung nicht möglich. Zwar setzt Papiniam ein Kind voraus, das schon einigen Willen hat, aber nicht dies ist ihm entscheidend für den Be-

sitzerwerb, sondern lediglich das körperliche Verhältnis. Möglicherweise könnte interim . . . effectus auch auf Interpolation beruhen.

Eine eigentümliche Erklärung unserer Stelle versucht neuerdings Affolter, Arch. für bürgerl. Rt., Bd. 17 S. 2 flg. Das Kind erwerbe einstweilen Besitz 'unter der Voraussetzung, daß der fehlende Wille später durch den Tutor ergänzt wird'. Allein wenn von einem 'einstweilen' die Rede, obschon das Kind seinen vollen Verstand noch nicht erlangt hatte, so ist damit offenbar auf eine Zeit hingewiesen, wo der volle Verstand beim Kinde bereits eingekehrt war. Einstweilen macht die Rechtsordnung das Kind zum Besitzer; hat es seinen vollen Verstand erlangt, so mag es selber entscheiden: ob es den Besitz behalten will oder nicht. Ferner weist uns die Begründung nec quidem per tutorem et rell. mit Notwendigkeit darauf hin: daß, was bei diesem Besitzerwerbe ein Vormund thut, vom Standpunkte des Kindes ebenfalls als ein corpore quaeri aufgefaßt wurde.

Die Ansicht Papinian's findet schon ihre Vorläufer an Ofilius und Nerva dem Sohn. Paul. fr. 1 § 3 de adq. uel am. poss. 41, 2:

> Ofilius quidem et Nerua filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.

Paulus ist freilich anderer Meinung. Er verlangt, daß das Kind Einsicht von der Sache habe. Das ist meistens so verstanden, daß das Kind bereits das siebente Lebensjahr zurückgelegt haben müsse. Damit ist man zu weit gegangen. Ein zweijähriges Kind, dem ein Baukasten zu Weihnachten geschenkt wird, hat schon die für einen solchen Besitzerwerb in Betracht kommende Einsicht.

d) § 9. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Das B.G.B. § 854 Abs. 1 läßt den Besitz einer Sache erworben sein durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache. Unter Sachen sind nur körperliche Gegenstände zu verstehen: B.G.B. § 90. Es scheiden aus die Sachgesammtheiten. Ein Besitz an einer Herde ist nicht möglich, sondern immer nur an den einzelnen Stücken Vieh. So schon das römische Recht. Pomp. fr. 30 § 3 de ursurp. 41, 3: non autem grex uniuersus sic capitur usu quomodo singulae res . . . sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio.

Möglich ist der Besitz an dem Teil einer Sache, z. B. an einem Stockwerk: § 865. Siehe oben § 1 S. 2.

Dernburg, Das bürgerl. Recht, Bd. 3 § 15 S. 50 befürwortet einen 'Sonderbesitz an ungetrennten Früchten, an in fremder Erde stehenden Bäumen'. Wer ein Gebäude auf Abbruch kauft, erwerbe den Besitz der Baumaterialien mit der Ueberweisung des Hauses. Derselben Ansicht Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 185 S. 62.

Der Besitz an ungetrennten Früchten ist meines Erachtens aufzufassen als eine Art Nießbrauchsbesitz. Der Besitz an den Baumaterialien kann füglich nicht eher beginnen, als bis der Abbruch stattgefunden hat. Aber wer ein Gebäude auf Abbruch kauft, erlangt an dem ganzen Gebäude Besitz. Es ist dies ein ähnlicher Besitz, wie er uns beim Erbbaurecht entgegentreten wird: siehe unten § 18 Nr. I, 6. Freilich soll hier das Gebäude nicht bewohnt, sondern niedergerissen werden. Einen Besitz an Bäumen, die in fremder Erde stehen, kann ich mir in der Weise vorstellen, daß eine bestimmte Fläche zum Abholzen überwiesen wird. Es pflegt dies in der Weise zu geschehen, daß man das Waldstück umgeht und die an den Grenzpunkten stehenden oder auch sämmtliche Bäume mit dem Forsthammer anschlägt: Josef, Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 15 S. 267. Ein solcher Fall — Verkauf einer Waldparzelle — liegt zu Grunde der, freilich vom Standpunkte des preußischen A.L.R. getroffenen, Entscheidung des Reichsgerichts bei Gru-

chot, Beiträge, Bd. 38 S. 946 flg. Der Besitz an den einzelnen Bäumen wird nicht eher erlangt, als bis sie geschlagen. Ebenso verhält es sich mit dem Besitz an ungetrennten Früchten, wenn wir ihn dem Nießbrauchsbesitz anreihen. In allen drei Fällen liegt also zunächst nur vor Flächenbesitz. Der Besitz der als beweglich vorgestellten und ökonomisch in dieser Gestalt zu verwertenden Sachen beginnt nicht vor Herstellung dieser Beweglichkeit.

Von einem auf Erwerb gerichteten Willen ist im B.G.B. keine Rede. Im ersten Entwurf § 797 ist hinzugefügt: 'in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)'. Der erste Entwurf vertrat die Auffassung des Paulus, der zweite ist zur Anschauung Papinians zurückgekehrt.

Nach E. Frank, Der Besitzwille, S. 8 'kann es wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß der "Wille, die Sache wie eine eigene haben zu wollen", nicht mehr zu den Voraussetzungen des Besitzes gehört'. Man dürfe indes nicht behaupten: 'nach dem B.G.B. ist zum Besitz überhaupt kein Wille mehr nötig'.

Allein wenn der erste Entwurf in seinem § 797 als Voraussetzungen für den Besitzerwerb hinstellt:

1) Erlangung der thatsächlichen Gewalt,
2) Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille) —

so ist damit jeder sonstige Wille als gleichgültig bei Seite geschoben. Wenn nun im zweiten Entwurfe § 777 der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben, gestrichen wird; so ist damit der Besitzwille überhaupt gestrichen, und es bleibt nur übrig die thatsächliche Gewalt. Uebereinstimmend die Protokolle der zweiten Lesung Guttentag, Bd. 3 S. 30, und die Denkschrift Heymann, S. 161.

Die richtige Ansicht verteidigt Bartels bei Gruchot u. s. w. Jahrg. 42 S. 646; ebenso Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 186 S. 68 flg.

In der Denkschrift ist hingewiesen auf solche Fälle, in

denen eine Sache in den äußeren Machtbereich einer Person gelangt, ohne daß ein Erwerbswille angenommen werden kann und das Bedürfnis des Besitzesschutzes gleichwohl besteht. Denken wir an den Apfel, der vom Baume fällt; die Katze, welche sich in meiner Schlinge fängt. Ein entfernter Besitzwille dürfte hier freilich regelmäßig vorhanden sein: siehe oben § 6 S. 59.

Insonderheit wird die Aufmerksamkeit gelenkt auf willensunfähige Personen: Kinder, Geisteskranke. Es steht fest, daß Kinder und Geisteskranke fähig sind, Besitz auszuüben. Also muß es auch Mittel und Wege geben, sie in diesen Zustand zu versetzen.

Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 17 Nr. 4 möchte unterscheiden zwischen einem vollkommenen Besitzverhältnis und einer Nebenform des Besitzes. ʻEin vollkommenes Besitzverhältnis ist nur vorhanden, wenn der Besitzwille zur thatsächlichen Beherrschung der Sache hinzukommt.ʼ ʻAls Nebenform des Besitzes ist aber auch ein Verhältnis anzuerkennen, bei welchem die Sache, ohne daß wir es wissen und wollen, derart bei uns verwahrt ist, daß wir beliebig über sie verfügen können.ʼ

Eine nähere Betrachtung wird dem Besitzerwerb ohne Willen unter § 15 zu Teil werden.

II. Der Besitzwille.

§ 10. Vorbemerkung.

Der Besitzwille kommt hier nur als Besitzerwerbswille in Betracht. Ein auf den Erwerb gerichteter Wille ist zum Besitzerwerbe gerade nicht unbedingt erforderlich; er pflegt aber regelmäßig hinzuzukommen, kann für einzelne Arten des Besitzerwerbes nicht einmal entbehrt werden — Eigenbesitz, fehlerhafter Besitz, Besitzerwerb bei zufälliger Innehabung — und verlangt jedenfalls eine nähere Betrachtung.

Der auf Besitzerwerb gerichtete Wille ist ein Habenwollen. Dieses Habenwollen ist in doppelter Gestalt möglich: man will

für sich haben oder für einen andern. Ferner kommt dieses Beiderlei teils getrennt, teils verbunden vor. Also wir haben ein Dreifaches zu unterscheiden: Habenwollen für sich, Habenwollen für einen andern, Habenwollen für sich und einen andern.

Ueber den Willensbegriff im allgemeinen ist einiges vorauszuschicken. Ich lehne mich dabei, wenn auch nicht ganz getreu, an Sigwart, Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache, Tübinger Universitätsschriften aus dem Jahre 1879.

Das Wort Wille kommt in den verschiedenartigsten Bedeutungen vor. In der gewöhnlichsten Bedeutung ist Wille das Wollen, sofern dieses Wollen einen bestimmten Inhalt hat.

Dieser Inhalt kann ein rein innerlicher sein: ich will über etwas nachdenken, mir etwas merken. Oder der Inhalt kann eine Beziehung zur Außenwelt haben. Nur das letztere Wollen geht uns etwas an.

Man kann bei diesem Wollen der letzteren Art ein dreifaches Verfahren auseinanderhalten: Entscheidungsverfahren, Vorbereitungsverfahren, Ausführungsverfahren.

Jedes Wollen nimmt seinen Ausgang von der Vorstellung eines künftigen Zustandes. Dieses Zukünftige wird gedacht als etwas durch mein Thun Hervorzubringendes. Das Zukünftige ist zunächst ein bloßes Begehren, das meiner Willensentscheidung harrt.

Die Entscheidung kann erfolgen in der Gestalt eines Vorbescheides oder eines Endurteiles. Vorbescheid: ich will mir die Sache erst noch einmal überlegen.

Das Endurteil entweder verneinend oder bejahend. Das bejahende Endurteil leitet über zum Vorbereitungsverfahren.

Ich habe den Entschluß gefaßt. Ich sinne über Mittel nach. Vielleicht macht sich noch erst ein Zwischenverfahren nötig: ich ziehe Erkundigungen ein. Bringe ich alle Vorbereitungen glücklich zu Stande, so folgt jetzt das Ausführungsverfahren.

Ich führe meinen Willen aus, ich nehme die Handlung vor. Handlung ist nichts anderes, als die gewollte Bewegung meines Leibes. Alles Weitere ist von den mechanischen Gesetzen abhängig, nach welchen die Bewegungen anderer Körper folgen; oder von den psychologischen, nach denen die äußern Zeichen, welche ich gebe, beseelte Wesen bestimmen.

An das soeben geschilderte Wollen, das sich zerlegt in ein Entscheidungsverfahren, Vorbereitungsverfahren und Ausführungsverfahren, kann man von zwei Seiten herantreten. Psychologe nnd Ethiker nehmen im allgemeinen ihren Ausgang vom innern Willensentschluß und gelangen so zur äußern Handlung. Bei der Rechtsprechung legt man den umgekehrten Weg zurück, das ist durch die Natur der Dinge geboten. Der Richter vermag nicht in das Innere der Menschen zu schauen, mit denen er zu thun hat. Er schließt von äußern Thatsachen auf den inneren Willensentschluß. Diese Schlußfolgerungen beruhen aber keineswegs auf logischer Notwendigkeit, sondern nur auf größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit. Insofern ist die Grundlage einer jeden Rechtsprechung eine mangelhafte. Die Rechtsprechung ist etwas Unvollkommenes, wie anderes Menschenwerk. Nach beiden Richtungen sind Abweichungen von der Wirklichkeit möglich: ein Willensentschluß, der vorhanden war, wird nicht berücksichtigt; ein Willensentschluß, der nicht vorhanden war, wird angenommen.

Wille im Rechtssinne ist demnach eine Schlußfolgerung auf Grund äußerer Thatsachen. Dabei wird kaum jemals bloß eine einzige, sondern vielmehr eine ganze Reihe von Handlungen in Frage stehen: Pininski, Sachbesitzerwerb, Bd. 2 S. 344. Ferner kann sich die Berücksichtigung sonstiger Umstände erforderlich machen: G. Hartmann, Archiv für die civ. Pr., Bd. 72 S. 166. Die Schlußfolgerung wird meistens richtig sein — es wäre schlimm, wenn es nicht so wäre — aber sie ist nicht notwendig richtig. Der innere Willensentschluß, als solcher, kommt für das Recht gar nicht in Betracht. Gedanken sind zollfrei: pflegt man zu sagen. Vgl. z. B. Seuffert's Arch., Bd. 31 Nr. 111 S. 144. Dahin gehört

auch der geheime Vorbehalt: B.G.B. § 116. Selbst wenn sich jemand versprochen hat, liegt eine Erklärung vor, die im Stande ist, ein Rechtsgeschäft zu begründen.

Dies ist ein Punkt, der von den Theoretikern nicht genügend beachtet wird. Der Theoretiker pflegt ebenso zu Werke gehen, wie der Psychologe und Ethiker: er nimmt seinen Ausgang vom innern Willensentschluß.

Für Lehrzwecke hat dieses Verfahren auch eine gewisse Berechtigung. Wenn der Richter auf Grund äußerer Thatsachen den innern Willen zu ermitteln bemüht ist: was verschafft ihm die Ueberzeugung von der Richtigkeit bezw. Wahrscheinlichkeit seiner Schlußfolgerungen? Offenbar seine eigene geistige Thätigkeit. Er hat fortwährend Gelegenheit, bei sich selber zu beobachten: wie der innere Willensentschluß zur That führt. Auf Grund dieser seiner Kenntnisse versucht er, die Handlungen anderer sich psychologisch zu erklären. Dabei sind Irrungen unvermeidlich.

So mag man es dem Theoretiker nicht übel nehmen, wenn er diesen Irrungen aus dem Wege geht, indem er sich auf sich selber zurückzieht, um aus der Urquelle zu schöpfen. Ich werde dies Verfahren gleich selber einschlagen. Aber der Theoretiker sollte nie vergessen, daß das Bild, welches sich ihm auf diese Weise entrollt, das umgekehrte von dem ist, welches ihm das Rechtsleben entgegenbringt.

Insonderheit darf sich ein Theoretiker nicht verleiten lassen: den innern Willen, der als solcher für den Praktiker gar nicht vorhanden, für den wahren Willen im Rechtssinne auszugeben und in Gegensatz zu stellen zur Schlußfolgerung, die sich auf Grund äußerer Thatsachen ergiebt. Ich werde Gelegenheit haben, hierauf zurückzukommen: siehe § 20.

Ebensowenig ist es angezeigt, den Willen im Rechtssinne bei Seite zu setzen und alles lediglich auf die äußern Thatsachen zu stellen. Der Wille ist ein Grundgedanke unserer Rechtsordnung. Er stellt im weiten Umfange für die äußern Thatsachen den Zusammenhang her. Die Lehre von den Rechtsgeschäften, den Rechtshandlungen geht zurück auf den

Willen. Wegen der Wahrscheinlichkeit des Gewolltseins wird vom Richter ein Vertrag als geschlossen angenommen; wo diese Wahrscheinlichkeit fehlt, wird das Dasein eines Vertrages verneint. Weil wir beim Willen im Rechtssinne bloß auf eine Wahrscheinlichkeit stoßen, dürfen wir ihn nicht ganz über Bord werfen. Wieviel Wissenschaft bliebe überhaupt übrig, wenn wir alle Wahrscheinlichkeit streichen wollten?

Daß dem Willen eine große Bedeutung zukommt, kann denn auch auf Grund des B.G.B. nicht füglich bezweifelt werden. Im ersten Buche, dritten Abschnitte, zweiten Titel, sind unter der Ueberschrift 'Willenserklärung' für die Rechtsgeschäfte eine Reihe von Bestimmungen getroffen. Ob aber die Natur des Willens stets richtig erkannt worden? Namentlich erregt Anstoß der § 133, welcher vorschreibt: 'bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen'. Den Satz brachte schon der erste Entwurf § 13, obwohl bereits eine bessere Fassung vorhanden war im H.G.B. Art. 218: 'bei Beurteilung und Auslegung der Handelsgeschäfte hat der Richter den Willen der Kontrahenten zu erforschen'.

Unter dem wirklichen Willen kann, genau genommen, nichts anderes als der innere Wille verstanden werden. Der Satz ist vielleicht Ausfluß einer unklaren Anschauung. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf, S. 98 wollte ihn gestrichen wissen. Soll der Richter den innern Willen erforschen, so wird ihm eine Unmöglichkeit zugemutet. Von diesem Standpunkte aus wäre der Satz noch nachträglich zu streichen. Auf dem Wege der Auslegung glaubt helfen zu können Danz, Auslegung, S. 51.

Jedenfalls ist 'der wirkliche Wille' ein ungenauer Ausdruck. Solche Ungenauigkeit wäre besser in einem Gesetzesparagraphen vermieden, der uns belehren soll, wie man richtig auszulegen habe. Die Auslegungsregel des B.G.B. bedarf selber der Auslegung, um sich halten zu lassen. So erscheint denn die wissenschaftliche Auslegung als ein Etwas, das sich nicht aus dem B.G.B. ergiebt, sondern über demselben steht.

Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäftes nach dem B.G.B., S. 26 gelangt trotz des § 133 zu folgender Begriffsbestimmung, der man sich nur anschließen kann: 'Willenserklärung einer Person ist dasjenige Verhalten, welches nach der Erfahrung unter Würdigung aller Umstände regelmäßig — 'ohne Rücksicht anf Richtigkeit im einzelnen Falle — den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet, und bei welchem sie sich dieser Schlüssigkeit bewußt war oder bewußt sein mußte.'

Eine ganz eigentümliche Ausführung über den Willen findet sich bei Ihering, Besitzwille, S. 292 flg. Anm. 1, der ich etwas näher treten möchte, weil gerade der Besitzwille zum Ausgang genommen ist.

Dem animus possidentis werden zur Seite gestellt der animus contrahendae societatis bei Ulp. fr. 44 pro socio 17, 2 und der animus reuertendi der Tiere bei Gai. fr. 5 § 5 de adq. rer. dom. 41, 1. 'Man möchte fragen: was soll es heißen, die Erhaltung des Eigentums am gezähmten Tier auf den animus reuertendi desselben stellen, den man gar nicht beweisen kann, und dessen Stelle praktisch die consuetudo reuertendi vertritt?' 'Die Betonung des animus von Seiten der römischen Juristen enthält einen durchaus richtigen, ja ich glaube sagen zu dürfen: geistvollen Gedanken.' 'Daß das Verhältnis des Tieres mit der Betonung des animus d. i. der psychologischen Abhängigkeit vom Menschen in höchst treffender Weise wiedergegeben ist. Und doch nicht richtig? Richtig vom Standpunkt des Rechtsphilosophen, verkehrt von dem des Juristen.' 'Mit dem animus reuertendi verhält es sich um nichts anders als mit dem animus possidentis des Paulus, an Stelle des praktisch allein entscheidenden äußern Moments ist durch die subjectivistisch-individualisierende Richtung der spätern Jurisprudenz das innerliche gesetzt.'

Also richtig — geistvoll — höchst treffend — und doch nicht richtig. Richtig vom Standpunkte des Rechtsphilosophen. Warum soll denn dem Juristen hier versagt sein, was dem

Rechtsphilosophen gestattet? Warum ist der Rechtsphilosophie ein Vorrecht auf das Geistvolle, Höchsttreffende einzuräumen?

Ich sagte vorhin, daß der Psychologe und Ethiker bei Betrachtung des Willens im allgemeinen einen andern Weg zurücklege als der praktische Jurist. Darum ist der Gegenstand der Betrachtung bei allen Wissenschaften derselbe. Ferner ist der Ausgang vom innern Willensentschluß, um zur äußern Handlung zu gelangen, dem Menschen nur bei sich selber möglich. Der Psychologe und Ethiker, welcher diesen Weg zurücklegt, muß sich dem gemäß auf sich selber beschränken. Die Erkenntnis, die er sich durch diese Selbstbeobachtung verschafft, betrachtet er dann aber nicht als etwas nur einmal in der Welt bei sich Vorhandenes, sondern setzt dasselbe bei andern Menschen voraus. Diese Voraussetzung ist nichts weiter als bloße Vermutung. Und nach dieser Richtung hin kann auch ein Psychologe fehl gehen, selbst wenn er bei sich genau beobachtet haben sollte. Seine Vermutung bedarf einer Bestätigung in der Weise, daß andere Menschen dasselbe bei sich wahrnehmen.

Wenn vollends der Psychologe dazu übergeht, nicht sich, sondern von Haus aus andere zu beobachten, so steht er gerade so da wie ein Richter. So wenig wie ein Richter, so wenig vermag der Psychologe in das Innere der übrigen Menschen zu schauen. Er kann immer nur schließen von äußeren Thatsachen auf den inneren Willensentschluß. Diese Schlußfolgerungen beruhen alle nur auf Wahrscheinlichkeit. Sie sind vielleicht richtig, vielleicht verkehrt. Die Sätze, welche z. B. Preyer in seiner Psychogenesis in Bezug auf die geistige Entwicklung des Menschen in den ersten Lebensjahren hingestellt hat, sind nichts weniger als sicher. Und was für sein eignes Kind wahr sein mag, braucht darum noch nicht für andere Kinder zu gelten. Vgl. Ziehen, Die Ideenassoziation des Kindes, S. 5.

Ihering führt uns einen Rechtsphilosophen vor, der sich mit Tieren beschäftigt. Er ist ja selber in dieser Beziehung eingehend thätig gewesen. In seinem Buche 'Der Zweck im Recht' ist der Satz aufgestellt: kein Wollen ohne Zweck. Was ist der Zweck? Diese Frage wird Bd. 1 S. 27 an das Tier

gerichtet. Hier soll der Zweck in so einfacher Gestalt zu Tage treten, 'daß kaum ein Verkennen möglich ist'.

Dabei ist übersehen, daß bei Tieren doch nur Schlußfolgerungen auf Grund äußerer Thatsachen möglich sind. Einen andern Weg kann auch der Rechtsphilosoph nicht einschlagen. Und wenn beim Tier auf menschliche Vorstellung geschlossen wird; so könnte die Richtigkeit einer solchen Annahme nur dadurch bewiesen werden, daß das Tier sie bestätigte. Eine derartige Bestätigung ist wieder nicht möglich, da es hierzu an Verständigungsmitteln zwischen Mensch und Tier fehlen würde.

Wenn Ihering behauptet, der animus reuertendi lasse sich nicht beweisen, so hat er vollkommen Recht. Es steht diese Behauptung freilich in auffallendem Gegensatze zu den Anschauungen, die sein Zweck im Recht entwickelt.

Das wirkliche Vorhandensein eines animus reuertendi hat auch Gajus wohl gar nicht einmal behauptet. Es heißt bei ihm: in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec reuertendi animum habeant, quod si desierint reuertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse reuertendi animum habere tunc, cum reuertendi consuetudinem deseruerint. Diese Ausdrucksweise — insonderheit das zweimalige intellegantur, intelleguntur — läßt durchaus die Möglichkeit zu, daß Gajus das Sachverhältnis ganz richtig auffaßte. Solange die Rückkehrgewohnheit besteht, wird angenommen, daß die Tiere einen Rückkehrwillen haben. Hört diese Gewohnheit auf, so wird angenommen, daß kein Rückkehrwille mehr vorhanden. Diese Annahme eines vorhandenen bezw. fehlenden Rückkehrwillens ist menschliche Vorstellung, die der Mensch der Tierseele zutraut. Die Richtigkeit möglich, aber nicht nachweisbar.

Wir können den Rückkehrwillen bei Tieren ruhig beibehalten, wenn wir uns nur klar darüber sind: daß dieser Rückkehrwille von uns in die Tierseele hinein verlegt worden. Das Geistvolle dieser Auffassung besteht einmal darin, daß wir

den Besitz an Tieren auf den Willensbegriff zurückführen; sodann darin, daß wir ihn angliedern an eine menschliche Besitzerhaltungsvorstellung. Wie der Mensch sich seinen Besitz erhält, wenn er fortgeht, um wiederzukehren; so erhält das Tier dem Menschen Besitz, wenn es fortgeht, um wiederzukehren.

Dem römischen Rechtsgelehrten lag die Annahme eines Rückkehrwillens bei Tieren um so näher, als man die Fortdauer des Besitzes an Sklaven auch einmal auf dessen Rückkehrwillen stützte. Beim Besitz am Sklaven, wie beim Besitz des Menschen, der sich von seinem Grundstücke entfernte, hat man freilich später vom Rückkehrwillen abgesehen und die Besitzesfortdauer auf rein negative Grundlage gestellt. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 § 30 S. 143 flg.

Ihering meint: der Jurist kenne nur die consuetudo reuertendi, die allein den Gegenstaud des Beweises bilden könne. Indessen außer dem Aufhören der Rückkehr giebt es noch bei einer Art von Tieren eine andere Thatsache, auf Grund welcher ebenfalls angenommen wird, daß sie nicht wiederkommen. Regt sich nämlich bei einem Bienenvolk der Schwarmtrieb und zieht ein Bienenschwarm aus, so weiß man schon im voraus, daß sie nicht zurückkehren werden, wenn man sie frei gewähren läßt. Vgl. unten § 33 Nr. 2[b].

Die andere von Ihering herangezogene Parallele, der animus contrahendae societatis bei Ulp. fr. 44 pro socio 17, 2, bedeutet noch weniger. Ihering wird sich nicht klar gemacht haben, daß ein Dreifaches zu unterscheiden: eine Gemeinschaft ohne Vertrag, eine einfache Vertragsgemeinschaft, eine Gesellschaftsgemeinschaft. Wenn z. B. zwei zugleich eine Sache kaufen, so liegt nach Ulpian nicht ohne weiteres eine Gesellschaftsgemeinschaft vor. In dieser Beziehung müssen noch anderweitige Thatsachen hinzutreten, welche den Schluß auf eine Gesellschaftsgemeinschaft gestatten. Das Nähere Societas publicanorum, Bd. 1 S. 236 flg.

Schließlich bleibt zu erwägen: was würde aus dem animus possidentis werden, wenn wir ihn gerade so behandeln wollten, wie Ihering mit dem animus reuertendi umgeht? Wir

würden ihn streichen müssen. Das will Ihering doch selber nicht; der Besitzwille soll nur anders geartet sein, als man bisher angenommen.

Oder sollen wir bloß über den animus possidentis des Paulus einen Strich machen? In dieser Beziehung wäre zu prüfen, ob Paulus wirklich sich den animus possidentis als ein rein Innerliches vorstellte. Als erste beste Stelle greife ich heraus Paul. fr. 41 de adq. uel am. poss. 41, 2. Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non uidetur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit. Hier wird das Vorhandensein eines Besitzwillens geprüft auf Grund äußerer Thatsachen, und verneint, weil ein Betreten iure familiaritatis diese Schlußfolgerung nicht gestatte.

a) § 11. Das Fürsichhabenwollen.

Mein Habenwollen kann gerichtet sein auf einen Gegenstand, den schon ein anderer hat oder den ein anderer noch nicht hat.

Ich stelle mir vor das Haben einer Cigarre, das Haben eines Fisches. Ich will die Cigarre haben zum Rauchen, den Fisch zum Essen. Diese weitern Zwecke kümmern mich hier nicht, da lediglich das Habenwollen in Frage steht.

Wie gelange ich nun zu einer Cigarre, zu einem Fische? Ich sinne über die Mittel nach. Soll ich mir einen Fisch kaufen oder angeln? Vielleicht macht sich noch ein Zwischenverfahren nötig. Ich erkundige mich bei einem Freunde, wo man gute Cigarren bekommt. Ich entschließe mich, bei Bartels & Söhne Cigarren zu kaufen, in der Saale einen Fisch zu angeln.

Ich halte die Angelrute mit dem Köder ins Wasser und stelle mir vor, daß ein Fisch anbeißen wird. Ich gehe zu Bartels & Söhne in der Vorstellung, für Geld und gute Worte Cigarren zu bekommen. Ich habe mich nicht getäuscht. Ich habe einen Fisch geangelt, Cigarren käuflich erstanden: ich bin Besitzer von einem Fische, von Cigarren geworden.

Bei diesem Fürsichhabenwollen ist ein dreifaches Verfahren zu unterscheiden: Entscheidungsverfahren, Vorbereitungsverfahren, Ausführungsverfahren.

Entscheidungsverfahren: ich will einen Fisch haben, eine Cigarre haben. Vorbereitungsverfahren: ich halte die Angelrute ins Wasser, ich gehe zu Bartels & Söhne. Was dann das Ausführungsverfahren anbetrifft, so hängt dessen Gelingen nicht allein von meinem Willen ab: ich kann einen Fisch nur unter der Voraussetzung angeln, wenn wirklich einer anbeißt; ich kann von Bartels & Söhne nur unter der Voraussetzung Cigarren bekommen, daß sie mir welche ablassen wollen.

Nun habe ich bereits auf einen Besitzeserwerbswillen aufmerksam gemacht, den ich den entfernten genannt habe: siehe oben § 6 S. 59. Dieser entfernte Besitzwille unterscheidet sich dadurch von dem soeben betrachteten, daß der den Besitz Erwerbende beim Ausführungsverfahren überhaupt nicht thätig wird. Seine Thätigkeit beschränkt sich vielmehr auf das Entscheidungs- und Vorbereitungsverfahren. Demnach könnte man den entfernten Besitzerwerbswillen auch einen unvollständigen nennen.

Ich will Aepfel haben: Entscheidungsverfahren. Ich pflanze in meinem Garten einen Apfelbaum: Vorbereitungsverfahren. Bei dem Ausführungsverfahren bin ich aber bloßer Zuschauer: ich muß es dem lieben Gott überlassen, ob der Baum tragen wird. Gleichwohl werde ich ohne weiteres Zuthun Besitzer des Apfels, welcher vom Baume zur Erde fällt.

An dem Baume stellen sich Raupen ein. Wie lege ich mir diesen Besitzerwerb zurecht? Ich habe das Ausführungsverfahren nicht in meiner Hand. Der Erfolg kann ein erwünschter und ein unerwünschter sein. Wenn in einem Falle ein Besitzerwerb anzunehmen, wird man ihn auch im andern nicht ausschließen können.

Betrachten wir uns jetzt den vom Nachbarbaume auf unser Grundstück herabfallenden Apfel. Der Nachbar pflanzte den Baum, der Nachbar wollte Aepfel haben. Hier bin ich nicht einmal am Entscheidungs- und Vorbereitungsverfahren

beteiligt. Hier tritt der Besitzerwerb ein ohne allen Willen, kraft unmittelbar wirkender Rechtsvorschrift.

Ich sagte oben § 6 S. 59: 'wir haben diesen entfernten Besitzwillen im allgemeinen sogar nötig, um diesen Besitzerwerb abgrenzen zu können von der zufälligen Innehabung des § 867'. Aber auch wo ein Besitzerwerb vorliegt kraft unmittelbar wirkender Rechtsvorschrift, kann von zufälliger Innehabung keine Rede sein.

Eine weitere Möglichkeit ist die, daß sich dem Entscheidungsverfahren sofort das Ausführungsverfahren anschließt. Dies ist der Fall bei Umwandlung einer zufälligen Innehabung in Besitz. Von einem Ballon, der sich in seinem Garten niedergelassen, ergreift der Gartenbesitzer Besitz. Hier ist ein Vorbereitungsverfahren seinerseits nicht weiter erforderlich. Die Vorbereitung ist auf andere Weise ins Werk gesetzt.

b) § 12. Das Habenwollen für einen andern.

Das Habenwollen für einen andern ist ein für einen andern geäußerter Besitzwille. Da aber der andere die Sache zunächst nicht in Händen bekommt, wird für ihn vor allen Dingen ein Besitzesanspruch erworben. Dieser Besitzesanspruch ist der mittelbare Besitz. X wird durch den Willen des A mittelbarer Besitzer, inzwischen ist A wirklicher Besitzer kraft unmittelbar wirkenden Rechtssatzes.

Zweifache Möglichkeit: der andere hatte die Sache vorher und will sie nur zurückhaben, oder der andere will die Sache neu haben.

Jemand übergiebt einem Banquier seine Wertpapiere zur Aufbewahrung, einem Goldschmiede eine silberne Schale zur Ausbesserung. Der Banquier legt die Papiere in seinen Geldschrank, der Goldschmied läßt die Schale in seiner Werkstatt ausbessern. Hier ist das körperliche Verhältnis in der Person des Hinterlegers, Bestellers aufgehoben und bleibt so lange aufgehoben, bis er seine Papiere, Schale zurückfordert bezw. wiedererlangt. Bis dahin begleitet ihn die Vorstellung: ich werde diese Papiere, diese Schale wiederbekommen. Diese Vor-

stellung ist die Grundlage für den mittelbaren Besitz des B.G.B. Dieser mittelbare Besitz ist, wie ich schon hervorhob, vor allen Dingen ein Besitzesanspruch.

Wenden wir uns dann zum Banquier, so ist in dessen Person zwar das körperliche Verhältnis begründet, aber für den Hinterleger. Dies drückt sich in der Vorstellung aus: ich muß die Papiere dem Hinterleger wieder aushändigen, wenn er sie zurückfordert. Wir haben also doppelte Vorstellungen und dem entsprechend einen Doppelwillen: der Hinterleger beabsichtigt, dermaleinst die Papiere zurückzufordern, der Banquier dermaleinst die Papiere zurückzugeben. Auf dieser Gedoppeltheit beruht das Innehaben für einen andern.

Dieser Wille, genauer diese Absicht, braucht indes nicht fortwährend vorhanden zu sein, es genügt vielmehr die einmalige Begründung. Weder durch Schlaf noch spätere Geisteskrankheit wird das Innehaben für einen andern beseitigt: Vac. poss., Bd. 1 S. 105.

Ferner ist die Vorstellung des Färandere einer gewissen Dehnung fähig. Wer bei einem Banquier Wertpapiere hinterlegte, hatte sie selber von einem Freunde in Verwahrung. Hier ist der Banquier Innehaber für diesen Freund, ohne daß er um das Verhältnis zu wissen braucht: Vac. poss., Bd. 1 S. 106; B.G.B. § 871. Vergl. ferner die Einschachtelungen bei Bekker in Jhering's Zeitschrift Bd. 34 S. 37.

Eine Störung tritt hingegen ein, wenn der Inhaber für andere den Entschluß faßt, die Sache für sich zu haben. Der Goldschmied stellt die silberne Schale in seinem Schaufenster aus und leugnet den Empfang. Die Absicht des Goldschmiedes ist eine andere geworden. Die Unterschlagung bewirkt eine Besitzumwandlung, aus dem rechtmäßigen Besitzer wird ein unrechtmäßiger.

Aehnlich wie beim Zurückhabenwollen liegt die Sache beim Neuhabenwollen. Ich beauftrage einen Banquier, für mich Papiere zu kaufen. Der Banqier teilt mir die Nummern der gekauften Papiere mit. Zu der Person des Banquiers ist das körperliche Verhältnis neu begründet, aber für den Auftrag-

geber. Dies drückt sich in der Vorstellung aus: ich muß die Papiere dem Auftraggeber aushändigen, wenn er sie fordert. In der Person des Auftraggebers haben wir die Vorstellung: ich werde diese Papiere vom Banquier erhalten. Wir haben also doppelte Vorstellungen und dem entsprechend eine doppelte Absicht. Auf dieser Gedoppeltheit beruht das Innehaben für einen andern.

Mit dem Besitzerwerbe wird meistens Eigentumserwerb zusammenfallen. Depotgesetz vom 5. Juli 1896 § 7: 'Mit der Absendung des Stückverzeichnisses geht das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist.' Anstoß nehme ich an dem Ausdruck 'Absendung'. Nach dem B.G.B. § 130 Abs. 1 wird eine Willenserklärung erst mit dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie dem andern zugeht. Auf dieses Zugehen werde ich unten § 15 S. 99 zurückkommen.

c) § 13. Das Habenwollen für sich und andere.

Das Habenwollen für sich und andere kann in Bezug auf dieselbe Sache zusammentreffen. Als Beispiel wähle ich die Miete. Wer ein Haus auf fünf Jahre gemietet hat, will dieses Haus so lange für sich haben. Nach Ablauf der Mietzeit beabsichtigt er das Haus wieder zu räumen und dem Vermieter zur Verfügung zu stellen: insofern liegt vor ein Innehaben für einen andern. Näheres unten § 18 Z. I, 5.

Eigentümlich liegt die Sache beim Finder. Ein redlicher Finder ist vor allen Dingen Innehaber für andere. Er beabsichtigt die Sache an den Verlierer zurückzugeben. Zugleich ist er Innehaber für sich, insofern er einen Finderlohn beanspruchen kann: § 971 Abs. 1. Außerdem ist er noch von einem andern Gesichtspunkte aus Innehaber für sich: er will eventuell, falls der Berechtigte nicht zu ermitteln, über die Sache verfügen, sie z. B. für sich behalten. Vgl. § 18 Z. I, 15.

Mandry, Archiv für die civ. Pr., Bd. 63 S. 1 flg. nennt das Innehaben für einen andern schon Besitzwillen im

Sinne eines auf eignen Besitz gerichteten Willens. Auf diese Weise werden die Grenzlinien zweier Grundbegriffe in Verwirrung gebracht. Davon ist jetzt noch näher zu handeln.

d) § 14. Die gemeinrechtliche Auffassung und die Ansicht Ihering's.

Früher lehrte man allgemein: der Detentionswille ist der Wille, die Sache für einen andern zu haben; der Besitzwille hingegen der Wille, die Sache für sich zu haben. Der eine Wille sollte maßgebend sein für die Detention, der andere für den Besitz. Dem gegenüber behauptet Ihering, Besitzwille, S. 52, daß der Wille 'beim Besitzer und Detentor ganz derselbe' sei. Sein Vorgänger ist Mandry, Archiv für die civ. Pr., Bd. 63 S. 26: 'Der Besitzwille trifft inhaltlich vollständig zusammen mit dem animus detinendi, d. h. ist nichts anderes als der Wille die Sache zu haben.' Freilich verkennt Ihering nicht, daß es beide Willensarten giebt. Er sagt selber a. a. O. S. 309: 'für sich oder für einen andern — den Gegensatz kennt schon das Kind, es weiß, daß der Apfel, den es dem Bruder bringen soll, ihm für diesen, der, den es selber essen darf, ihm für sich gegeben ist — der Gegensatz gehört zu den ersten und einfachsten, die dem Menschen zum Bewußtsein kommen.' Aber Ihering glaubt, daß diese Willensarten für die Begriffe Detention und Besitz nicht in Betracht zu ziehen.

Die hergebrachte Auffassung wird augenscheinlich dem Detentionsbegriffe nicht gerecht. Es giebt schon nach gemeinem Rechte eine zufällige Innehabung und eine Innehabung der Hausgenossen für und neben dem Besitzer. Das auf einem besondern Rechtsverhältnis beruhende Innehaben für einen andern ist zwar nach römischem Rechte in einem weiten Umfange als Detention behandelt worden, darum darf man aber nicht das Innehaben für einen andern als ein wesentliches Merkmal der Detention hinstellen. Das Innehabenwollen für einen andern ist der Wille, für einen andern Besitz zu erwerben. Dieser Wille kann der Hauptsache nach immer nur sein ein Besitzesanspruch, solange das körperliche Verhältnis in der

Person des andern nicht gegeben. Damit verträgt sich sehr wohl, den derzeitigen Innehaber, selbst da, wo er nicht zugleich für sich innehaben will, als Besitzer hinzustellen. Der Souverän auf dem Willensgebiete ist die Rechtsordnung, in deren Hand es gegeben: ob ein körperliches Verhältnis Besitz sein soll oder nicht.

Folgende Sätze sind zu beherzigen. Das Innehaben für einen andern kann Detention sein, braucht aber nicht Detention zu sein: es hängt alles von den Bestimmungen der Rechtsordnung ab. Der Precarist ist Innehaber für einen andern und nach römischem Rechte Besitzer; der Depositar ist Innehaber für einen andern und nach römischem Rechte Detentor. Das Innehaben für einen andern ist ferner nach römischem Rechte deshalb kein wesentliches Merkmal der Detention, weil es auch eine zufällige Detention giebt. Sodann ist das auf einem besondern Rechtsverhältnis beruhende Innehaben für einen andern wesentlich verschieden von Innehabung der Hausgenossen für und neben dem Besitzer.

Nach Ihering haben wir uns einen Willensbegriff zurecht zu machen, wo vom Fürsich und Färandere gänzlich abgesehen wird. Das war ebenfalls ein Fehlgriff. Ihering, so viel er auch an dem Besitzwillen des Paulus auszusetzen hat, steht doch unter dem Banne des von Paulus aufgestellten Satzes: daß der Besitzwille ein notwendiges Erfordernis des Besitzerwerbes. Nun ist Ihering auf Fälle gestoßen, wo ein Habenwollen für andere vorliegt, und gleichwohl Besitz angenommen wird. Also folgert Ihering: der Wille beim Besitzer und Detentor ist ganz derselbe.

Das richtige Sachverhältnis ist vielmehr folgendes. Der eigne Besitzwille ist ein Fürsichhabenwollen. Auf diesen Besitzwillen wird von der Rechtsordnung in weitem Umfange Rücksicht genommen. Aber die Rechtsordnung ist an diesen Willen keineswegs gebunden. Sie kann sogar den zum Besitzer machen, der gar keinen Willen hat; um so mehr den, der nur für andere Innehaber sein will.

Das Habenwollen für sich und für andere sind Grundbegriffe, die nicht zusammengeworfen werden dürfen. Das

B.G.B. nimmt auch da Besitz an, wo ein Habenwollen für einen andern vorliegt. Trotzdem ist ein solcher Besitz doch ganz anders geartet als der Besitz, wo ich es nur mit einem Fürsichhabenwollen zu thun habe. Das Füranderehabenwollen macht sich insofern geltend, als daneben ein mittelbarer Besitz anerkannt wird. Es ist ein großer Unterschied, ob ich für mich oder für andere haben will. Diese beiden Willensarten sind, wie bisher, noch nach dem B.G.B. auseinanderzuhalten.

Baron, in Ihering's Jahrbüchern Bd. 27 S. 192 flg., Bd. 30 S. 197 flg., hat sich der Ihering'schen Lehre angeschlossen. Zwei Stellen sollen deren Richtigkeit unwiderleglich darthun.

Die eine Stelle ist **Jauolenus fr. 21 de usurp. 41, 3.** In Frage steht die alte **pro herede usucapio**; interpoliert ist **longi temporis praescriptio** für **usucapio**, vgl. Lenel **n. 98.** Setzen wir: ein Gläubiger, dem die Erbschaftsantretung zu lange dauert, habe von einem Erbschaftsgrundstücke Besitz ergriffen und dieses später dem Erben, nachdem er angetreten, verpachtet. Mit der Uebergabe des Grundstückes an den Erben geht der Besitz des Gläubigers verloren. An einem sog. Detentionswillen fehlt es zwar nicht. Denn wer eine Sache von einem andern pachtet, bekundet damit die Absicht, dieselbe nach abgelaufener Pachtzeit zurückzugeben; dem entspricht auf Seiten des Verpächters die Absicht, die Sache nach abgelaufener Pachtzeit zurückzufordern. Aber nach Javolen soll Besitzverlust eintreten, weil niemand seine eigene Sache pachten könne. Daraus folgt, daß ein abstrakter Detentionswille nicht genügt. Es giebt nach römischem Rechte eine Reihe von Verhältnissen, die den Körper eines andern tauglich machen, dem Besitzer den Besitz zu erhalten. Versagt aber ein derartiges Verhältnis, so versagt damit auch die Stellvertretung in der Besitzausübung. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 102 flg.; Pininski, Sachbesitzerwerb, Bd. 2 S. 244; Ihering, Besitzwille, S. 428.

Genau so steht es um den mittelbaren Besitz des B.G.B. Es heißt § 868: 'Besitzt jemand eine Sache als . . Pächter,

Mieter . . oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.' Mietet jemand eine Sache, in Bezug auf welche sich später herausstellt, daß sie ihm selber gehört; so kann man doch nicht sagen, daß er dem Vermieter gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt. Er ist in seiner Eigenschaft als Eigentümer zum Besitz berechtigt, und daneben ist kein mittelbarer Besitz des Vermieters möglich. Anders beurteilt diesen Fall Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 185 S. 65.

Inwiefern beweist nun die Javolen'sche Auffassung für Ihering? Er sagt selber a. a. O. S. 73: 'der bloße subjektive Wille ist machtlos, die objektive causa iuris entscheidet.' Das unterschreibe ich in einem gewissen Sinne. Damit ist aber nicht das Mindeste für den Besitz-Detentions-Willen dargethan. Er schwindet Ihering offenbar unter den Händen, da der Wille ja machtlos sein soll.

Die andere Stelle ist Pap. fr. 44 § 4 de usurp. 41, 3. Jemand, der nicht mehr Haussohn ist, obwohl er es noch zu sein glaubt, erhält eine Sache auf Grund eines von ihm abgeschlossenen Kaufes: coepit rem sibi traditam possidere. Warum? fragt Ihering a. a. O. S. 66 und antwortet: 'die väterliche Gewalt existiert nicht, folglich tritt der Thatbestand des Besitzes in sein volles Recht.'

Dabei fällt zunächst auf, daß die beim Vorhandensein von väterlicher Gewalt entstehende Detention auf einen Willen zurückgeführt wird: denn das ist bei Ihering stillschweigende Voraussetzung. Die Detention der Gewaltunterworfenen beruht gar nicht auf deren Willen, sondern auf unmittelbarer Rechtsvorschrift, welche Sklaven und Hauskinder als besitzunfähig hinstellte: Vac. poss., Bd. 1 S. 350.

Nicht jedes körperliche Verhältnis ist Besitz, sondern nur soweit die Rechtsordnung dies gestattet. Die Rechtsordnung kann sagen: dieses körperliche Verhältnis soll kein Besitz sein. So verfährt sie beim Peculiarerwerb. Andererseits beruht der in Frage stehende Besitzerwerb ebenfalls auf unmittelbarem Eingreifen der Rechtsordnung. Einen Besitzwillen für sich

kann der vermeintliche Haussohn gar nicht gehabt haben, denn er hält sich ja für besitzunfähig.

Ihering benutzt bei Erklärung dieser Stelle Formeln, die er sich zurecht gemacht. Er bezeichnet den Besitz mit x, die Detention mit y, das corpus mit c, den animus mit a. Ihm ist $x = a + c$: der Besitzwille logisch notwendig. Genau dasselbe $a + c$ haben wir nach Ihering bei y anzunehmen. Wenn $a + c$ sowohl Besitz wie Detention ergeben, so beruht das darauf: 'daß das Recht in gewissen Verhältnissen dem an sich vollständig vorliegenden Thatbestande des Besitzes aus praktischen Gründen die Wirkung desselben entzogen hat'. Diese 'den Besitz in gewissen Verhältnissen negierende Bestimmung des Gesetzes' wird $-n$ genannt. So erhalten wir $y = a + c - n$.

Wir haben es aber in diesem Detentionsfalle gar nicht mit einer negativen Größe zu thun, die von irgend etwas abgezogen wird; sondern mit einer positiven Größe, die zu etwas hinzukommt. Diese positive Größe ist das Gewaltsverhältnis. Bezeichnen wir nun das Gewaltsverhältnis mit p, die Rechtsordnung mit i, so erhalten wir vielmehr $y = c + p + i$. Der Besitz entsteht, indem wir p in Abzug bringen, also $x = c + i$.

Der Besitzwille ist nur insofern zum Besitze erforderlich, als die Rechtsordnung dies bestimmt: $x = c + a + i$. Sieht die Rechtsordnung vom Besitzwillen ab, dann haben wir $x = c + i$.

Der Fall, wie ihn Papinian hingestellt, kann noch heutzutage vorkommen und ist gerade so zu entscheiden. Ein Gutsbesitzer begiebt sich auf Reisen und läßt sein Gut von seinem einzigen Sohne bewirtschaften. Der Sohn kauft Saatkorn, das ihm geliefert wird, als der Vater bereits gestorben, ohne daß der Sohn dies wußte. Hier hat der Sohn für sich Besitz erworben, während er für den Vater zu erwerben glaubte.

Alles in allem. Der von Ihering zurecht gemachte Willensbegriff ist nicht zu gebrauchen. Aber anerkennen muß man, daß Ihering Punkte hervorgekehrt hat, welche die bis-

herige gemeinrechtliche Anschauungsweise als durchaus umgestaltungsbedürftig erscheinen lassen. Nur absprechend Jhering gegenüber verhält sich Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 332 flg.

Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 487 flg. hat unter dem Einflusse Jhering's folgende Sätze aufgestellt. Der Begriff des possidere muß nach der anerkannten Anwendbarkeit des Uti possidetis bestimmt werden. In den Fällen des sog. abgeleiteten Besitzes wird der unmittelbare Besitzesschutz aus Zweckmäßigkeitserwägungen erteilt. Es sei ein verhängnisvoller Irrtum, den Schutz des interdictum retinendae possessionis auf den Besitz mit dem animus domini und die Fälle des sog. abgeleiteten Besitzes zu beschränken. Es läßt sich erwarten, daß auch anderswo ohne Rücksicht auf den animus domini der Besitzschutz unmittelbar erteilt wird, wo seine Vermittelung durch einen andern ausgeschlossen ist. Dies treffe zu beim negotiorum gestor wie dem ehrlichen Finder. Unter denselben Gesichtspunkt wird gestellt der Besitzerwerb dessen, der sich fälschlich für einen Haussohn hält, und anderes.

Ubbelohde sagt sich damit also los von dem animus domini als einem notwendigen Merkmale des Besitzbegriffes. Wenn ferner von der Anwendbarkeit des Uti possidetis auf den Besitzesbegriff geschlossen wird, so könnte man das so verstehen wollen, als sei damit die Souveränität der Rechtsordnung anerkannt. Aber schließlich wird doch wieder alles von einem Willen der Privatperson abhängig gemacht. Es heißt a. a. O. S. 541: 'das thatsächliche Verhältnis einer Person zu einer Sache, welches diese in der Gesammtheit ihrer Beziehungen der Verfügung jener zu unterwerfen geeignet und von ihr mit dem Willen ergriffen ist, diese Verfügung vorzunehmen (affectio tenendi), wird mit dem interdictum retinendae possessionis in allen Fällen geschützt, in denen u. s. w.'

III. Arten des Besitzerwerbes.

A. Eigener Besitzerwerb.

a) § 15. Besitzerwerb ohne Willen.

Auf Grund des B.G.B. ergiebt sich, daß Wille kein notwendiges Erfordernis zum Besitzerwerb. Ein solcher Satz erschien bisher undenkbar, und trotz des B.G.B. können sich noch viele in denselben nicht finden. Aus diesem Grunde ist es vielleicht angezeigt, zunächst dem Besitzerwerb ohne Willen eine nähere Betrachtung zu widmen.

Regelmäßig ist allerdings die Willenserklärung eine Begleiterin des Besitzerwerbes. Es giebt sogar Fälle, wo der Wille ein notwendiges Erfordernis. Dies gilt namentlich vom fehlerhaften Besitze und Eigenbesitze.

I. Der Besitzerwerb ohne Willen hat hauptsächlich Bedeutung für die Geschäfts- bezw. Willensunfähigen.

Nach § 104 des B.G.B. ist geschäftsunfähig: wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat; wer sich dauernd in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande befindet, auch wenn er nicht entmündigt sein sollte; der wegen Geisteskrankheit Entmündigte, auch bei freier Willensbestimmung. Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nach § 105 nichtig. Dasselbe gilt von Willenserklärungen, die im Zustande vorübergehender Bewußtlosigkeit abgegeben sind.

Neben der Geschäftsunfähigkeit giebt es eine Unfähigkeit zu unerlaubten Handlungen, die in ähnlicher Weise festgestellt worden: §§ 827, 828.

Geschäftsunfähige können keine Rechtsgeschäfte abschließen; ebensowenig solche, die vorübergehend bewußtlos, solange dieser Zustand dauert. Der Besitzerwerb als solcher ist kein Rechtsgeschäft, jedenfalls sind Geschäftsunfähige u. s. w. zum Besitzerwerbe zugelassen.

Die verschiedenen Ansichten, die über den Begriff des Rechtsgeschäftes aufgestellt sind, mögen hier auf sich beruhen bleiben. Eine Zusammenstellung der neueren Litteratur, wenngleich nicht vollständig, bei F. Endemann, Lehrbuch, Bd 1[3]

§ 60. Dem Standpunkte des Entwurfes sucht gerecht zu werden Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B.G.B. Eine Begriffsbestimmung ist im B.G.B. nicht enthalten. In den Motiven, Bd. 1 S. 126 heißt es: 'Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.' Das kann man sich allenfalls gefallen lassen. Es fragt sich aber dann doch wieder: was unter dem 'gewollt' zu verstehen.

Bülow, Archiv für die civ. Pr., Bd. 64 S. 71—93, erblickt im Rechtsgeschäft 'eine vermöge dispositiven Rechtssatzes erfolgende Rechtsnormierung'. 'Das Rechtsgeschäft ist nicht bloß Schaffung von rechtserheblichen Thatbeständen, denen das objektive Recht eine Normierung verleiht, sondern ist zugleich die rechtliche Bestimmung und Normierung dieser Thatbestände, die infolge einer Ermächtigung der Rechtsordnung — eben durch dispositiven Rechtssatz — vermittelst des Privatwillens erfolgt'.

Regelsberger, Pand., Bd. 1 § 32 S. 128 in Anlehnung an Eisele, Arch. für die civ. Pr., Bd. 69 S. 329, spricht von ermächtigenden Rechtssätzen. Das Recht ist ihm entweder ein ermächtigendes oder ergänzendes oder zwingendes. Die ermächtigenden Rechtssätze sollen das sein, was Bülow dispositives Recht nennt.

Dem gegenüber ist hervorzuheben, daß die Begriffe ermächtigendes und dispositives Recht im Sinne Bülow's sich keineswegs vollständig decken. Es giebt sehr viele Ermächtigungen, denen das außerhalb der Ermächtigung vorhandene objektive Recht eine Normierung verleiht, ohne daß die Ermächtigung selber solche Normierung offen ließe: z. B. an die Mahnung des Gläubigers knüpft das objektive Recht bestimmte Wirkungen. Diese Ermächtigungen, die keine Normierungen gestatten, sind von den Rechtsgeschäften auseinanderzuhalten. Sie werden umfaßt mit dem Ausdrucke Rechtshandlungen, man kann sie Rechtshandlungen im engeren Sinne nennen, im Gegensatze zu den Rechtsgeschäften.

Bei den ermächtigenden Rechtssätzen müssen wir demnach

ein Zweifaches unterscheiden: die Norm für die Rechtshandlung ist bereits vorhanden; oder die Ermächtigung besteht gerade darin, eine Norm zu schaffen. So treten denn die Rechtsgeschäfte an die Seite der Gesetzesnormen und bilden wie diese einen Bestandteil des objektiven Rechtes. Vgl. Ryck in Festgabe für Beseler, S. 123 flg.; E. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 5.

Rechtsgeschäfte sind z. B.: die Erbeseinsetzung, die Tradition, die Bestellung eines Wegerechtes, der Kauf.

Den Rechtshandlungen im engeren Sinne sind anzureihen: die Uebernahme eines Amtes z. B. als Vormund, die Geschäftsführung, die Occupation, die Spezification, die Erbschaftsantretung, die Dereliktion, die Ausschlagung einer Erbschaft. Was uns hier insonderheit angeht: Besitzerwerb und Besitzverlust sind an sich keine Rechtsgeschäfte, sondern Rechtshandlungen. Der Dieb, indem er stiehlt, erwirbt Besitz, aber vollzieht kein Rechtsgeschäft. Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 310 flg.; E. Frank, Der Besitzwille, S. 42 flg.

Das B.G.B. bietet keinerlei Anhaltspunkte dar, welche uns nötigen könnten, den Besitzerwerb den Rechtsgeschäften anzureihen. Die Möglichkeit eines Besitzerwerbes auf dem Wege des Rechtsgeschäftes soll freilich nicht bestritten werden. Ein Beispiel liefert z. B. die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers unter den Voraussetzungen des § 854 Abs. 2. Aber nicht jeder Besitzerwerb ist als solcher ein Rechtsgeschäft.

Richtig bemerkt Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 186 S. 69. 'Der ursprüngliche Besitzerwerb ist kein Rechtsgeschäft, da er ja eine Willensäußerung des Besitzerwerbers nicht unbedingt voraussetzt und da auch in solchen Fällen, in denen an dem Erfordernis des Besitzwillens auf Seiten des Erwerbers festgehalten werden muß, dieser Wille nur als natürlicher, nicht als rechtsgeschäftlicher Wille in Betracht kommt.'

So wären wir denn wieder beim Besitze und Besitzerwerbe angelangt. Eine Hauptfrage ist die: in welchem Umfange der Besitzerwerb Willensunfähiger zu gestatten? Es kann doch

nicht jedes körperliches Verhältnis, das in der Person eines Kindes oder eines wegen Geisteskrankheit Entmündigten entsteht, ohne weiteres von Rechts wegen Besitz sein. Eine Mutter setzt ihr uneheliches Kind in einer Scheune aus — ist das Kind Besitzer dieser Scheune geworden? Man wird bereitwillig einräumen, daß irgend eine Abgrenzung vorgenommen werden muß.

Sagen wir zunächst: wenn sich das Kind, der wegen Geisteskrankheit Entmündigte dort befindet, wohin die Rechtsordnung sie stellt; wenn das in ihrer Person gegebene körperliche Verhältnis mit der Rechtsordnung in Einklang steht: so sind sie von Rechts wegen Besitzer.

Eine alte Dame hat ein kleines Kind zu sich genommen, das Haus, worin sie wohnt, auf den Namen des Kindes bereits umschreiben lassen, sich selber nur den Nießbrauch vorbehalten: jetzt stirbt die Dame. Das Kind befindet sich in seinem eignen Hause und ist von Rechtswegen Besitzer dieses Hauses.

Dann kann die Sache aber auch so liegen, daß das Kind sich noch nicht in dem Hause befindet, welches ihm z. B. infolge eines Vermächtnisses schon zugeschrieben. Also ein Besitzerwerb von Rechts wegen ist zunächst ausgeschlossen, weil das körperliche Verhältnis nicht vorhanden. Wie vollzieht sich in derartigeu Fällen der Besitzerwerb des Kindes? Hier kann uns aushelfen des Rechtes kundigster Papinian, c. 3 de adq. et ret. poss. 7, 32. Es genügt, wenn irgend ein beliebiger in der Person des Kindes das körperliche Verhältnis herstellt; auf die Bestellung eines Vormundes braucht nicht erst gewartet zu werden.

Zu einer einjährigen Waise, die bei einer Verwandten untergebracht ist, kommt eines Tages eine Patin und schenkt ihr ein Paar Schuhe, die sie gestrickt hat. Die Schuhe werden angepaßt und sitzen vortrefflich. Das genügt vollständig zum Besitzerwerb.

Auch Erwachsene befinden sich zuweilen in einem Zustande der Bewußtlosigkeit. Einem Neffen ist vom verstorbenen Onkel ein Rittergut vermacht. Auf der Reise dorthin versammelt er in der nächstgelegenen Stadt ein paar Freunde um sich. Man

ist sehr vergnügt. Für den Neffen wird eine Droschke besorgt. Als er am Morgen erwacht, weiß er gar nicht, wo er sich eigentlich befindet. Trotzdem ist dieser Neffe in dem Augenblicke, wo er das Gut betrat oder vielleicht in dasselbe getragen wurde, Besitzer geworden.

Hier war sogar teilweiser Wille geäußert, das Entscheidungsverfahren bereits zurückgelegt, das Vorbereitungsverfahren mitten im Gange. Aber die Vollendung vollzieht sich ohne den Willen dessen, der den Besitz erwirbt.

Ein Ehemann befestigt früh am Geburtstage seiner Frau, während sie noch schläft, um deren Handgelenk ein goldenes Armband. Diese Ehefrau ist im Schlafe Besitzerin geworden. Der Satz des Paulus fr. 1 § 3 de adq. uel am. poss. 41, 2 non potest incipere possidere . . si quis dormienti aliquid in manu ponat, der Jahrhunderte lang als eine unbestreitbare Wahrheit betrachtet wurde, ist meines Erachtens vom bürgerlichen Gesetzbuche fern zu halten.

Die Handlungen Dritter, durch welche in der Person Willensunfähiger das körperliche Verhältnis hergestellt und damit Besitz begründet wurde, bewegten sich bisher innerhalb der Rechtslinie. Wie steht es um die unrechtmäßigen Handlungen? Ein Kindermädchen stiehlt einen Ring, um ihn dem Kinde anzustecken. Anlangend den Peculiarerwerb sagt Javolen fr. 24 de adq. uel am. poss. 41, 2: quod uero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit. Ebenso kann mit dem B.G.B. nur beabsichtigt gewesen sein, den rechtmäßigen Besitzerwerb Willensunfähiger möglich zu machen. Dem entsprechend wäre der Satz aufzustellen: durch unrechtmäßige Handlungen Dritter kann Willensunfähigen kein Besitz verschafft werden. Das körperliche Verhältnis in der Person der Willensunfähigen ist also unter dieser Voraussetzung ein Fall der zufälligen Innehabung.

In gleicher Weise wird zu behandeln sein, wenn Kinder oder wegen Geisteskrankheit Entmündigte sich auf rechtswidrige Weise Sachen verschaffen.

Ein dritter Punkt wäre noch der: ob man beim Besitzerwerb innerhalb der Rechtslinie nicht auch den vorhandenen natürlichen Willen der Kinder und Geisteskranken zu Hülfe nehmen kann? Denn wenn auch die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nach § 105 für nichtig erklärt worden, so haben doch thatsächlich Kinder schon vor vollendetem siebenten Lebensjahre einen Willen, und Geisteskranken fehlt keineswegs jeglicher Wille. Es ist auch in dieser Hinsicht zu bedenken, daß der § 105 in einem Abschnitte steht mit der Ueberschrift 'Rechtsgeschäfte'. Der Besitzerwerb ist aber kein Rechtsgeschäft.

Ein Kind von vier Jahren findet auf Rügen ein Stück Bernstein und steckt es in seine Tasche. Am einfachen Besitz ist kaum zu zweifeln. Wie steht es mit dem Eigenbesitz, der nach § 942 zur Aneignung erforderlich? Eigenbesitzer ist nach § 856, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt. Sollte dieser Wille bei einem Kinde von vier Jahren nicht schon vorhanden sein? Vgl. Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 17 Nr. 4[c] S. 55. Es fällt ins Gewicht, daß die Aneignung ebenfalls kein Rechtsgeschäft.

Ein Kind von vier Jahren findet ein Zehnmarkstück. Ein vorübergehender Erwachsener nimmt das Goldstück dem Kinde ab und macht von dem Funde bei der Polizeibehörde Anzeige. Der Verlierer meldet sich nicht. Der Finder ist nach dem B.G.B. § 966 Abs. 1 zur Verwahrung der Sache verpflichtet. Eine solche Verpflichtung darf man einem Kinde nicht aufbürden. Ist das Kind nicht trotzdem als Finder zu betrachten? Es hat den Willen gehabt, das Zehnmarkstück für sich zu behalten. Da kein Verlierer dasselbe zurückfordert, ist sein Besitz wohl nicht als ein unrechtmäßiger zu betrachten. Dieser Besitz ist dem Kinde vom Erwachsenen eigenmächtig entzogen.

II. Der Besitzerwerb ohne Willen hat für Willensunfähige erhöhte Bedeutung. Aber auch bei Willensfähigen ist er nicht zu entbehren. Siehe oben § 9 S. 70. Wir sind hier also gleichfalls vor die Frage gestellt: in welchem Umfange derselbe zu gestatten?

Strohal Sachbesitz S. 70 meint: mit absoluten Formeln sei nicht auszukommen, und warnt S. 74: 'vor der Aufstellung

und Beobachtung mechanischer Regeln'. Indessen irgend eine Abgrenzung wird doch vorgenommen werden müssen.

Und auch hier möchte ich glauben, daß man leichter geneigt sein wird, einen Besitzerwerb ohne Willen anzunehmen, wenn sich das körperliche Verhältnis innerhalb der Rechtslinie bewegt. Von diesem Gesichtspunkte aus kann ich mich mit zwei Entscheidungen nicht ganz einverstanden erklären, die Strohal gefällt hat.

S. 67. 'Sind in die Brieftasche, die ich bei mir trage, fremde Papiere geraten, so bin ich freilich ohne mein Wissen und Wollen auch Besitzer der letzteren geworden.' Ich unterscheide. Wenn ein gütiger Onkel in die Brieftasche seines Neffen einige Hundertmarkscheine gelangen ließ, so erwirbt der Neffe allerdings Besitz. Wenn aber ein Dieb, um den Verdacht von sich abzulenken, gestohlene Dividendenscheine in die Brieftasche eines andern praktiziert, so ist das zufällige Innehabung. Siehe oben § 4 S. 44.

E. Frank, Der Besitzwille, S. 57 bringt folgendes Beispiel. 'Steckt mir mein Vater bei der Abreise ein Geldstück ohne mein Wissen in die Tasche, so besitze ich es darum nicht minder mit Willen.' Den Besitz gebe ich zu, den Willen bestreite ich.

Strohal, a. a. O. S. 73. 'Der Lehrling meines Buchbinders bringt in meiner Abwesenheit einen Stoß gebundener Bücher und stellt diese in mein Regal ein. Nach einiger Zeit ergiebt sich, daß unter diesen Büchern auch solche sich befinden, die anderwärts abzuliefern waren. Ohne Zweifel habe ich aber auch den Besitz der letzteren Bücher schon dadurch allein erworben, daß sie thatsächlich in meine Bibliothek eingestellt worden sind.' Ich sage: mit nichten! Den Besitz der fremden Bücher hat der Buchbinder behalten. Er kann verlangen, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung dieser Bücher gestattet werde. Sollte ihm die Gestattung ohne Grund versagt werden, so wäre sie durch die Aufsuchungsklage zu erzwingen. Diese Aufsuchungsklage ist dem mittelbaren Besitzer der Bücher ebenfalls eingeräumt. Siehe unten § 49.

Nach Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 186 S. 69 'giebt es eine nicht geringe Zahl von Fällen, in denen der Besitzwille auf Seiten des Gewalthabers als selbstverständlich zu unterstellen ist': z. B. wenn 'in die Sparbüchse eines Kindes von dessen Paten heimlich ein Geldstück gesteckt wird'.

Eine besondere Betrachtung erfordert die Briefabgabe und Briefbestellung.

Wie wir oben § 5 S. 54 gesehen, ist der Postdirektor Besitzträger nicht bloß des Postgebäudes, sondern auch dort befindlicher beweglicher Sachen. Insonderheit erlangt derselbe Besitz an den Briefen, die dort abgegeben werden. Nicht minder ist der Postdirektor Besitzträger anlangend der Briefkasten, welche außerhalb des Postgebäudes an verschiedenen Stellen angebracht sind. Er übt den Besitz an diesen Briefkasten aus durch seine Briefboten, welche die Kasten entleeren. Der Besitz wird erworben, sowie der Brief in den Kasten gesteckt. Nicht der Briefbote erwirbt Besitz durch die Herausnahme; dieser füllt vielmehr seine Posttasche mit Briefen, an denen bereits dem Postdirektor der Besitz erworben war.

Für diesen Besitzerwerb ist sogar ein entfernter Besitzwille vorhanden, wenn auch die Willenserklärung nicht an eine bestimmte Person gerichtet wurde. Ein Postdirektor, welcher Briefkasten anbringen läßt, erklärt damit dem Publikum gegenüber: daß er alle Briefe besorgen werde, die dort eingesteckt würden.

Was die Bestellung der Briefe anbetrifft, so genügt nach § 34 Z. III des Gesetzes über das Postwesen vom 28. 10. 71 die Aushändigung an einen Dienstboten oder sonst jemand im Hause. Damit wird meines Erachtens vom Empfangensollenden an den Briefen Besitz erworben.

Ob auch an den Briefen, die der Betreffende gar nicht haben wollte? Er hatte z. B. dem Weinhändler, Cigarrenfabrikanten, Lotteriekollekteur u. s. w. ausdrücklich kundgethan, daß sie ihn in Zukunft mit ihren Zuschriften verschonen möchten. Ein Schuldner hatte sich von seinem Gläubiger jegliche fernere Mahnbriefe verbeten.

In Bezug auf Briefe besteht eine allgemeine Verpflichtung sie anzunehmen und zu lesen. Wer dies unterläßt, handelt auf eigne Gefahr. Der Satz ist zwar nicht ausdrücklich in dem B.G.B. ausgesprochen, er liegt aber zu Grunde der Bestimmung in § 130 Abs. 1 S. 1: 'eine Willenserklärung, die einem andern gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht.'

Allerdings wird hier für den Fall der Abwesenheit noch unterschieden zwischen 'abgeben' und 'zugehen'. Das steht aber nicht im Wege, den Besitzerwerb allgemein schon mit der Abgabe eintreten zu lassen. Ein Brief, der dem Dienstboten des Adressaten eingehändigt wird, befindet sich an der Stelle, wo die Rechtsordnung ihn haben will. Hätte sich freilich der Briefbote in der Adresse versehen und bei mir Briefe abgegeben, die gar nicht für mich bestimmt sind, so ist das nur zufällige Innehabung. So mit Recht C. Frank, Der Besitzwille, S. 18, dessen weitere Folgerungen ich aber ablehnen muß.

Anders als Briefe sind meines Erachtens Pakete zu behandeln. In Bezug auf Pakete besteht keine allgemeine Verkehrspflicht, sie anzunehmen und zu öffnen: F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 1[3] S. 279. Wenn mir irgend ein beliebiger Cigarrenfabrikant mit der Post eine Kiste mit Cigarren schickt, so brauche ich sie nicht anzunehmen; es liegt nichts weiter vor als zufällige Innehabung.

Was von Postpaketen, gilt um so mehr von sonstigen Paketzustellungen.

Ein Buchhändler schickt dem A Bücher zur Ansicht ins Haus und zwar ohne Auftrag des A, und ohne daß er mit A in Geschäftsverbindung steht; A ist nicht zu Hause, der Diener des Buchhändlers legt die Bücher in dem Korridor des A nieder.

Nach C. Frank, Der Besitzwille, S. 19 soll A unzweifelhaft den Besitz an diesen Büchern erworben haben.

Ich bezweifle sehr diesen Besitzerwerb. Wenn A nach Hause kommt, mag er Besitz von diesen Büchern ergreifen, er

hat es aber nicht nötig. Zunächst liegt nichts weiter vor als eine zufällige Innehabung. Wenn A sofort zum Buchhändler schickt und ihm sagen läßt: er möge sich sofort seine Bücher wieder abholen und ihn in Zukunft mit derartigen Sendungen verschonen — ich wüßte nicht, was sich hier zu Gunsten eines Besitzerwerbes sagen ließe.

Ein eigenartiger Fall ergiebt sich aus dem § 964 des B.G.B. 'Ist ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogen, so erstrecken sich das Eigentum und die sonstigen Rechte an den Bienen, mit denen die Wohnung besetzt war, auf den eingezogenen Schwarm.' Was hier vom Eigentume gesagt, gilt ebenso vom Besitze. Es bezieht sich diese Bestimmung auf die sog. Bettel- und Hungerschwärme, die aus Mangel an Nahrung ausgezogen sind: Motive, Bd. 3 S. 374; Bälz, Das Recht an Bienen, S. 116, 117. Der Besitzer der besetzten Bienenwohnung erwirbt hier ohne sein Zuthun Besitz an einem ganzen Bienenschwarm: d. h. an den einzelnen Bienen, die diesen Schwarm bilden. Vielleicht ist ihm der Zuwachs gar nicht einmal angenehm, da ein Hnngerschwarm oft bedeutenden Schaden bringt.

Gierke, Bed. des Fahrnisbes., S. 4 Anm. 4 erkennt einen Besitzerwerb ohne Willen gar nicht an. Thatsächliche Gewalt erlangen könne man nur 'durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln'. Das wäre eine zu starke Betonung der thatsächlichen Gewalt, vor der ich schon oben § 1 S. 4 gewarnt habe. Der im Rechtssinne Willensunfähige erwerbe durch eignes Handeln Besitz 'nach dem Maße seiner thatsächlichen Willensfähigkeit, aber nicht darüber hinaus'. Das wäre der Standpunkt des Paulus in fr. 1 § 3 de adq. uel am. poss. 41, 2: siehe oben § 8 S. 68.

In etwas anderer Weise versucht C. Frank, Besitzwille, S. 9 flg. aus der thatsächlichen Gewalt das Willenserfordernis herzuleiten. Er kommt dann für die Geschäftsunfähigen S. 42 flg. zu demselben Ergebnisse wie Gierke.

F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3.4] § 37 S. 152 behauptet: 'Der Besitzwille muß . . . als ebenbürtiger Faktor zur Geltung kommen.' Diese Ansicht steht schwerlich im Einklange mit einem Gesetzbuche, das den Besitzerwerb durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt vor sich gehen läßt, zumal das Willenserfordernis, welches der erste Entwurf brachte, gestrichen wurde. Die Ansicht Endemann's paßt für den ersten Entwurf, aber nicht für das gegenwärtige Gesetzbuch.

Affolter, Arch. für bürg. Rt., Bd. 17 S. 3 flg. glaubt mit einem Willen aushelfen zu können, der rückwirkende Kraft habe. Diese Ansicht wird zunächst auf c. 3 de adq. et ret. poss. 7, 32 gestützt. 'In der Zwischenzeit zwischen der Apprehension und dem Auftreten des Willens ist es noch ungewiß, ob der Besitz wirklich eintrete; setzt dann aber der Wille ein, so hat er rückwirkende Kraft bis zum Zeitpunkte der Apprehension.'

Allein von einer rückwirkenden Kraft spricht weder diese noch andere angeführte Stellen; und wenn sie es auch thäten, würde wenig damit genützt sein. Ein Wille mit rückwirkender Kraft ist ein Unding. Der Wille geht naturgemäß auf die Zukunft, hier ist er auf ein Habenwollen gerichtet. Ein Wille mit rückwirkender Kraft wäre ein fingierter Wille, also ein Nichtwille.

b) § 16. Der Willensbesitz.

Regelmäßg ist die Willenserklärung eine Begleiterin des Besitzerwerbes. Es giebt sogar Fälle, wo der Wille ein notwendiges Erfordernis. Dies gilt namentlich vom fehlerhaften Besitz und Eigenbesitz.

I. Fehlerhafter Besitzerwerb.

Nach römischem Rechte gilt als fehlerhaft der gewaltsam, heimlich, auf beliebigen Widerruf erlangte Besitz. Indessen entging den Römern schon nicht, daß es mit dem precario eine andere Bewandtnis habe, wie mit dem ui und clam. So sagt Ulp. fr. 7 § 4 comm. diu. 10, 3: precaria uero iusta

quidem (possessio), sed quae non pergat ad iudicii uigorem. Vergl. ferner Gai. fr. 13 § 1 de Publ. 6, 2; Paulus fr. 22 § 1 de nox. act. 9, 4. Nach dem B.G.B. scheidet das precarium jedenfalls aus: siehe unten § 18 Nr. I, 7.

Fehlerhaft ist der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz: § 858 Abs. 2 S. 1. Verbotene Eigenmacht begeht, wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht, sofern er hierzu nicht ausnahmsweise berechtigt, siehe unten § 41. Die Besitzentziehung ist eine Willenshandlung, also haben wir beim fehlerhaften Besitze das Willensmerkmal.

Die Entziehung ohne den Willen des Besitzers kann nicht bloß heimlich und gewaltsam erfolgen, sondern auch durch Handeln gegen Verbot: es ist eine Dreigliederung anzunehmen. Die Römer haben freilich das Handeln gegen Verbot der uis untergeordnet, wenigstens beim Quod ui aut clam. Also haben fehlerhaften Besitz: wer eine bewegliche Sache gegen Verbot an sich nimmt, der Dieb, der Räuber; wer einen Besitzer von seinem Grundstücke vertreibt; aber auch wer sich eines Grundstückes gegen Verbot bemächtigt. Die Möglichkeit einer heimlichen Besitzentziehung von Grundstücken soll beim Besitzverluste erörtert werden: siehe unten § 33.

Die Römer gebrauchen den Ausdruck uis in einem verschiedenen Sinne. Beim Interdictum Quod ui aut clam wurde damit das Handeln gegen Verbot mit umfaßt: Ulp. fr. 1 § 5. 6; Paul. fr. 20 § 1 Quod ui aut clam 43, 24. Beim Interdictum Unde ui verlangte man uis atrox: Ulp. fr. 1 § 3. 43 de ui 43, 16. Aber es genügte doch, wenn der Pächter sich weigerte, das Grundstück zu räumen: Marcellus fr. 12, Pap. fr. 18 de ui 43, 16. Beim Uti possidetis war symbolische Gewalt ausreichend: Gai. 4, 170. Dies ist wenigstens die herrschende Ansicht. Anderer Meinung Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bd. 1 S. 214 flg., Bd. 5 S. 386 flg.

Von einem Kinde unter sieben Jahren, das fremde Sachen heimlich oder gegen Verbot mitnimmt, kann man nicht sagen: es habe Besitz erworben. Wenn aber die Angehörigen des

Kindes diese Sachen demjenigen vorenthalten, dem sie fortgenommen sind, so ist in dieser Vorenthaltung ein fehlerhafter Besitzerwerb der Angehörigen zu erblicken.

Der Nachfolger im Besitze muß die Fehlerhaftigkeit gegen sich gelten lassen und zwar unbedingt, wenn er der Erbe ist; ein sonstiger Nachfolger, z. B. ein Käufer nur dann, wenn er die Fehlerhaftigkeit beim Erwerbe kennt: § 858 Abs. 2. Erhält ein Käufer erst nach dem Besitzerwerbe Kunde davon, daß sein Vorgänger den Besitz heimlich, gegen Verbot oder gewaltsam erworben, so bleibt sein eigner Besitz ein fehlerfreier.

Unter Umständen kann freilich auch nachträgliche Kunde den Besitz zu einem fehlerhaften gestalten.

Ein Geisteskranker entfremdete seiner Schwester aus deren Koffer heimlich eine auf den Inhaber lautende Schuldverschreibung. Der den Geisteskranken in die Irrenanstalt begleitende Polizist nahm seinem Schützling die Schuldverschreibung ab und stellte sie dessen Vormunde zu. Der Besitz dieses Vormundes ist von dem Augenblicke ein fehlerhafter, wo ihm nachgewiesen wird, wie der Geisteskranke zu der Schuldverschreibung gekommen. Der Vormund ist kein Erwerber im Sinne des § 858 Abs. 2. Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 23 Nr. 137.

Nach römischem Rechte erwarb jeder anderer Nachfolger außer dem Erben bei gewaltthätiger Vertreibung selbst dann fehlerfreien Besitz, wenn er beim Erwerbe gewußt hatte, wie der Besitz seines Vorgängers entstanden. Ulp. fr. 3 § 10 Uti poss. 43, 17: Non uideor ui possidere, qui ab eo, quem scirem ui in possessione esse, fundum accipiam. Bei beweglichen Sachen galt indes als heimlicher Besitzer dem Eigentümer gegenüber, wer vom Nichteigentümer wissentlich den Besitz einer fremden Sache erwarb: Africanus fr. 40 § 2 de adq. poss. 41, 2; Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 576, 577.

II. Eigenbesitz.

Eigenbesitzer ist in erster Linie ein Nichteigentümer, siehe oben § 2 S. 17. Nach § 872 'wer eine Sache als ihm ge-

hörend besitzt'. Eigenbesitz kann also jemand nur erwerben, wenn er den Willen hat, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Nun giebt es einen Besitzerwerb Willensunfähiger, siehe oben § 15 S. 90 flg., die demnach als solche vom Eigenbesitze ausgeschlossen sind. Wie gelangen diese zum Eigenbesitze?

Man wird zu Hülfe nehmen können den bei Geschäftsunfähigen in Wirklichkeit vorhandenen Willen. Ein Kind von 4 Jahren, ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter finden auf Rügen ein Stück Bernstein. Hier ist meines Erachtens der nach § 958 zur Aneignung erforderliche Eigenbesitz gegeben, mithin nicht bloß einfacher Besitz, sondern auch Eigentum durch Aneignung erworben: siehe oben § 15 S. 95.

Sodann macht sich die Stellvertretung geltend, von der unten § 24 noch näher zu handeln sein wird. Vorläufig mag folgendes Beispiel genügen. Ein Vormund hat für seinen Mündel einen gestohlenen Kinderwagen in gutem Glauben erworben. Hier ist der Mündel einfacher Besitzer, weil in seiner Person das körperliche Verhältnis begründet; sodann Eigenbesitzer, weil der Vormund für den Mündel erwerben wollte.

c) § 17. Selbständiger und gestatteter Besitzerwerb.

Selbständig ist der Besitzerwerb meistens im Falle einer Aneignung, beim Finder, beim Geschäftsführer, bei der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher.

Beim gestatteten Besitzerwerbe kann der Besitz des Gestatters dauern bis zum Erwerbe, oder schon vorher aufgehört haben, oder gar nicht vorhanden gewesen sein.

Den gestatteten Besitzerwerb treffen wir an bei der Uebergabe: mag nun die Absicht auf Eigentumserwerb gerichtet sein oder eine Verpflichtung zur Rückgabe begründet werden. Letzteres liegt vor bei der Miete, Leihe, Verwahrung u. s. w.

Die Uebergabe vollzieht sich nicht immer so, wie im Kramladen, wo sich beide einander gegenüberstehen. Auch das ist Uebergabe, wenn Sachen, die ich kaufte, bestellte, in meinem Hause niedergelegt werden. Celsus fr. 18 § 2 de adq. uel

am. poss. 41, 2: Si uenditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.

Ein Wirt hat in seinem Lokale einen Automaten aufgestellt. Der Wirt wird mit dem Einwurfe Besitzer des Geldes. Dagegen überreicht er vermittelst seines Automaten ein Chokoladetäfelchen oder dgl.

Eigenartig macht sich ferner die Uebergabe beim Anschluß an eine Wasserleitung. Die Uebergabe des Wassers erfolgt mittelst Wasserrohres. Sobald ich, meine Familienangehörigen oder Dienstleute den Wasserhahn aufdrehen, werde ich Besitzer des Wassers. Bis dahin dauerte der Besitz der Anstalt. Ebenso werde ich Besitzer des Wassers, wenn das Rohr platzt und mir auf diese Weise Wasser zugeführt wird, das bereits die Wasseruhr bewegte: denn dieses Wasser muß ich bezahlen. So ist ferner der Fall zu beurteilen, wenn ein Dritter unbefugter Weise den Wasserhahn aufdreht und mir Wasser entzieht. Ich werde Besitzer in dem Augenblicke, wo das Wasser zu laufen anfängt; dieser Besitz wird vom Dritten mir entzogen, nicht der Wasserleitungsanstalt wird Besitz entzogen. — Aehnlich verhält es sich mit dem Anschluß an eine Gasanstalt.

Bei Volksbelustigungen werden mitunter Sachen an Kletterstangen gehängt, damit der geschickte Kletterer sie erhasche: Uebergabe an eine unbestimmte Person.

Ein Hund ist entlaufen; der Eigentümer gestattet dem Käufer, den Hund wieder einzufangen. Der Besitz bereits zur Zeit des Kaufes verloren. Hier kann man nicht mehr von einer Uebergabe sprechen.

Der Wurf unter die Menge, iactus missilium, läßt sich ebenfalls nicht der Uebergabe unterordnen: § 46 de rer. diu. 2, 1; Pomp. fr. 5 § 1 pro derelicto 41, 7. Es handelt sich hier um herrenlos gewordene Sachen, die deshalb weggeworfen wurden, damit einer aus der Menge Besitz ergreife.

Von der Uebergabe ist weiter der Fall auseinanderzuhalten, wenn jemand einem andern gestattet, den Besitz an Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen einer Sache zu ergreifen:

§§ 956, 957. Es darf sich jemand Steine in einem fremden Steinbruche brechen, Holz in einem Walde fällen: Ulp. fr. 6 de don. 39, 5. Der Besitz an den einzelnen Steinen, den gefällten Bäumen wird erworben, ohne daß der Gestatter diesen Besitz erlangte.

Ein Jagdinhaber erlaubt einem Jagdfreunde die Benutzung seiner Jagd in der Weise, daß das erlegte Wild dem Jagdfreunde gehöre. Der Jagdinhaber war nie Besitzer der von dem Jagdfreunde geschossenen Hasen, Rebhühner u. s. w.

Besondere Berücksichtigung verdient der Besitzerwerb des Pächters an den Früchten. Ist dem Pächter der Besitz der fruchttragenden Sache überlassen, so erlangt er das Eigentum der Früchte durch bloße Trennung: B.G.B. § 956.

Dasselbe muß man vom Besitze sagen, zunächst wenn sich die Trennung ohne menschliches Zuthun vollzieht: Korn fällt aus, ein Apfel vom Baume. Durch diese Trennung gelangt ja die Frucht in den äußeren Machtbereich des Pächters, ein besonderer Besitzwille ist nicht weiter erforderlich: siehe oben § 9 S. 71.

Nicht anders liegt die Sache, wenn Leute des Pächters das Korn mähen, das Obst pflücken. Hier wird der Pächter ebenfalls durch die Trennung Besitzer der Früchte. Auf den Willen der Leute kommt gar nichts an. Si mercennarius meus exemit, mihi exemit: siehe unten § 21 und § 25.

Hat eine dritte fremde Person das Korn gemäht, das Obst gepflückt, um es für sich zu behalten, so wird ein solcher Dieb freilich Besitzer: aber immer erst nachdem er das Korn bezw. Obst dem Gewahrsam des Pächters entführt hat. Zunächst fällt auch hier das gemähte Korn, das gepflückte Obst in den Besitz des Pächters. Wird der Pächter den Stehlenwollenden gewahr und verjagt ihn, nachdem er gerade den Baum geschüttelt, das Korn gemäht hatte, so ist ihm nie Besitz entzogen gewesen.

'Dem Gewahrsam des Pächters entführt' ist nicht gleichbedeutend mit Entfernung vom Grundstück. Auch das Obst

ist dem Gewahrsam des Pächters entführt, welches in den Mund oder die Taschen des Diebes wanderte.

Das Pfandrecht des Verpächters erstreckt sich zwar auf die Früchte: B.G.B. § 585. Aber mit dem Pfandrechte ist noch nicht der Besitz an den Früchten gegeben.

Was den nähern Zeitpunkt des Besitzerwerbes anbetrifft, so werden wir ihn im Falle einer Uebergabe früher eintreten lassen wollen, als bei einer Aneignung. Den Wein im Weinkeller kann man als übergeben betrachten mit Einhändigung der Schlüsseln; schwer fortzuschaffende Säulen, sobald Veräußerer und Erwerbenwollender in der Nähe sich einigten: Paulus, Priscus fr. 1 § 21 de adq. uel am. poss. 41, 2.

Dagegen giebt es keine Aneignung mittelst bloßer Worte. Wer in unmittelbarer Nähe der Honigwaben, die sich auf einem Baume befinden, bloß erklärt, er eigne sie sich an, oder einen Zettel mit dieser Erklärung an den Baum heftet: der ist noch kein Besitzer geworden. Vgl. Czyhlarz, Fortsetzung von Glück, Bd. 1 S. 174. Wer sagt 'dieses Stück Bernstein gehört mir' ist nicht Besitzer geworden, sondern wer zugreift. Die Verwundung eines Tieres genügt noch nicht zur Aneignung: Gai. fr. 5 § 1 de adq. rer. dom. 41, 1.

Leyser in seinen Meditationes Bd. 7 S. 4 flg. erzählt folgenden Fall. Ein Fischer, welcher mit seinem Boote früh morgens ausgefahren, sieht in der Elbe einen todten Walfisch schwimmen. Er versucht sich des Fisches zu bemächtigen, vermag ihn aber wegen seiner Größe nicht ans Land zu bringen; er läßt ihn daher wieder schwimmen, nachdem er ihm zwei Zähne ausgerissen und ein Stück Speck herausgeschnitten hatte. In diesem Zustande treffen zwei Passagiere auf einem Ever den Fisch im Wasser treibend an; sie befestigen ihn mit Stricken an ihren Ever und ziehen ihn mit sich fort. Inzwischen kommen andere mit Fahrzeugen, durchschneiden die Stricke und ziehen den Walfisch ans Land. Mit Recht wurde der Fall dahin entschieden, daß die beiden Passagiere auf dem Ever zuerst als Besitzer den Walfisch sich angeeignet hätten.

Man hat den gestatteten Besitzerwerb wohl als eine Succession behandelt, welche der Vertrag begründe. Das ist eine Auffassung, die dem römischen Rechte sicher widerstrebt.

Für das gemeine Recht erhält Biermann, Traditio ficta, S. 396 'ein völlig einwandsfreies Ergebnis nun freilich nicht', doch spreche 'weit mehr für das Successionsprinzip als für das der thatsächlichen Herrschaft'. Ich kann diese Ansicht nicht teilen.

Selbst dem B.G.B. ist die Succession, meines Erachtens, fern zu halten. Denn nach § 854 Abs. 2 kann nur der Besitz erwerben, welcher in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Das körperliche Verhältnis muß also in der Person des Erwerbers gegeben sein. Und dieses körperliche Verhältnis ist ein Etwas, das niemand auf andere übertragen, jeder in seiner Person herstellen muß. Der Gestatter kann nichts weiter thun, als daß er dem Erwerber Platz macht. Wenn der Erwerber diesen Platz einnimmt, so ist er insofern Nachfolger. Das ist aber eine Nachfolge, die nie und nimmer durch bloßen Vertrag ins Leben gerufen werden kann. Der bloße Vertrag ist hierzu aus einem doppelten Grunde untauglich: einmal weil der eine Platz machen, dann weil der andere den frei gewordenen Platz einnehmen muß. Ein Sichbegnügen mit dem bloßen Vertrage muß führen zu einer Verflüchtigung des Besitzbegriffes. Man fingiert schließlich einen Besitz, der in Wahrheit nicht vorhanden. Vgl. Dernberg, Das bürg. Rt., Bd. 3 S. 56. Mit der entgegenstehenden Ansicht Strohal's werde ich mich unten § 19 Nr. III auseinandersetzen.

d) § 18. Erwerb des mittelbaren Besitzes.

Zuvörderst sind einzelne Rechtsverhältnisse, welche als Entstehungsgründe für den mittelbaren Besitz in Betracht kommen, näher zu prüfen. Daran wird sich reihen eine Zusammenstellung wie eine nähere Abgrenzung dieses Begriffes.

I. Einzelne Rechtsverhältnisse.

1. Der Nießbrauch.

Bestellt jemand an einer Sache einen Nießbrauch, so wird der Besteller zum mittelbaren, der Nießbraucher zum wirklichen Besitzer: § 868.

Das römische Recht dürfte, was den Besitz des Nießbrauchers anbetrifft, zu einem bestimmten Abschlusse nicht gelangt sein. Ursprünglich war der Nießbraucher Alleinbesitzer: so verstehe ich Cic. pro Caecina 32, 94. Keller, Semestria I p. 345 seqq. denkt freilich an eine compossessio in solidum des Eigentümers und des Nießbrauchers. Ruhstrat in Jhering's Jahrb., Bd. 19 S. 141 flg. deutelt an dem possedisse propter usum fructum so lange herum, bis daraus ein Eigentumsbesitz geworden. Der Nießbraucher wurde in gleicher Weise behandelt wie der Precarist und Pfandgläubiger. Aber bei allen dreien macht sich eine Entwicklung geltend, wenn auch überall eine verschiedene: Vac. poss., Bd. 1 S. 180 flg.

Beim Nießbrauche greift die Vorstellung Platz, daß ein Nießbrauch nicht besessen werden könne. Das possidere wird dem uti frui gegenübergestellt: so der Verfasser von fr. Vat. 90, 91; Gai. 2, 93 = fr. 10 § 5 de adq. rer. dom. 41, 1 und Gai. 2, 94 = § 4 per quas pers. 2, 9; Venuleius fr. 52 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2. Julian und Marcell leugnen den Besitz und versuchen das Innehaben für einen andern hervorzukehren: fr. 5 § 1 ad exh. 10, 4; fr. 6 § 2 de prec. 43, 26. Scävola scheint den Nießbraucher dem Entleiher angereiht zu haben: fr. 70 de furtis 47, 2. Papinian bringt die quasi possessio neben dem naturaliter tenere; wir sehen aber nicht, wie er sich näher die Sache zurecht legte: fr. 23 § 2 ex quib. caus. 4, 6; fr. 27 de don. 39, 5; fr. 49 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2. Von Paulus wissen wir jedenfalls so viel, daß er über Julian nicht hinauskam: fr. 1 § 8 de adq. uel am. poss. 41, 2. Bei Ulpian finden wir sämmtliche Ansichten vertreten mit Ausnahme des Ciceronianischen Standpunktes: fr. 23 § 2 ex quib. caus. mai.

4, 6; fr. 5 § 1 ad exh. 10, 4; fr. 3 § 4 de itinere 43, 19; fr. 6 § 2 de prec. 43, 26; fr. 1 § 8 quod leg. 43, 3; fr. 3 § 17 de ui 43, 16; fr. 12 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2. Der Prätor gewährte ein Uti possidetis und Unde ui utile: fr. Vat. 90. Darüber war man sich längst klar, daß der Nießbrauch für den Nießbraucher durch andere ausgeübt werden könne. So Cassius, Pegasus, Pomponius, Gajus, Julianus, Marcianus, Ulpianus: fr. 12 § 2, fr. fr. 38, 39, 40 de usu fr. 7, 1; fr. 29 pr. § 1 quib. mod. usus fr. 7, 4.

Einzelheiten, an denen ich besonderen Anstoß nehme. Dem Eigentümer eines Grundstückes wird von Julian und Ulpian der Interdiktenschutz versagt, wenn der Nießbraucher eine Wegegerechtigkeit ausgeübt hat: fr. 3 § 4 de itinere 43, 19. Der Nießbraucher wandert in dieser Beziehung doch nicht bloß seinetwegen, sondern handelt gleichzeitig für den Eigentümer. Anderer Meinung freilich Paulus fr. 21 Quemadmodum seru. am. 8, 6: fructuarius licet suo nomine. — Ebensowenig ist einzusehen, warum eine ad exhibendum actio vor dem Nießbrauche Halt machen soll. Es heißt bei Ulp. fr. 5 § 1 ad exh. 10, 4: inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere . . eum uero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur.

Diese Unentwickeltheit des römischen Rechtes läßt es begreiflich erscheinen, daß auch in der nachrömischen Litteratur verschiedene Ansichten über den Nießbrauchsbesitz laut geworden sind. Vgl. für die ältere Zeit Forsteri de iuris interpretatione lib. 2 cap. 1 § 8 in Otto Thesaurus tom. 2 col. 1002 seqq. und für die neuere Zeit Pflüger, Besitzklagen, S. 300 flg.

Die herrschende Meinung tritt ein für den sog. Rechtsbesitz. Degenkolb, Platzrecht und Miete, S. 57, bemerkt allgemein vom Rechtsbesitz: 'Alles dies ist jedoch modern, nicht römisch.' Bähr in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 26 S. 270, hält den Nießbraucher für einen Sachbesitzer. Wendt, Pand., § 111 Nr. 2 A. S. 313, empfiehlt für die Gesetzgebung: 'alle Fälle

des Rechtsbesitzes, die sich in Detention der Sache äußern, als abgeleiteten Sachbesitz zu behandeln'. Daß nach dem B.G.B. der Nießbraucher als Sachbesitzer zu betrachten, kann nicht füglich bezweifelt werden. Vgl. § 1036 Abs. 1: 'Der Nießbraucher ist zum Besitze der Sache berechtigt.'

2. Wohnungsrecht.

Verwandt dem Nießbrauche ist das Wohnungsrecht, welches laut § 1093 Abs. 1 S. 1 des B.G.B. als beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden darf. Das zu Grunde liegende Verhältnis kann Schenkung, aber auch Miete sein. Ferner kommen in Betracht die im Art. 96 des E.G. genannten Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils-Auszugsverträge. Ein solcher Bewohner ist als Sachbesitzer zu betrachten, während demjenigen, der ihm die Wohnung überließ, der mittelbare Besitz verbleibt: § 1093 Abs. 1 S. 2.

Bei Altenteilsverträgen kommen oft sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen vor: z. B. daß die beiden Altenteiler bei Einnahme ihrer Mahlzeiten auf dem Sopha sitzen. Auch das ist Besitzesausübung.

Dem Wohnungsrecht läßt sich wohl anreihen das Benutzungsrecht an Kirchen. Eine Gemeinde hat das Recht, zu bestimmten Zeiten für ihren Gottesdienst eine Kirche zu benutzen, die einer andern Gemeinde gehört.

Dem Wohnungsrecht des B.G.B. stelle ich gegenüber die habitatio des römischen Rechtes.

Ich setze ein mit Pap. fr. 27 de don. 39, 5. Aquilius Regulus hat seinem Lehrer, dem Rhetor Nicostratus, ein Stockwerk als Wohnung eingeräumt. Nach dem Tode des Regulus machen die Erben dem Nicostratus die Wohnung streitig. Liegt eine Schenkung vor, so ist dem Nicostratus nicht zu helfen: Scaeu. fr. 32 de don. 39, 5. Aber Papinian glaubt eine andere Auffassung rechtfertigen zu können: die Wohnung sei der Preis für die geleisteten Lehrerdienste.

Nach Savigny, System, Bd. 2 S. 112, 113 soll das Legat der einzige Entstehungsgrund der habitatio gewesen sein.

Sicherlich haben wir hier den Ursprung zu suchen. Papinian ging aber darüber hinaus. Gegen Entgelt kann ebenfalls eine habitatio erworben werden, nur nicht auf dem Wege der Schenkung: Jhering, Besitzwille, S. 417, 418. Ein anderes Beispiel liefert c. 6 Quod cum eo qui 4, 26 vom J. 259: der Wohnenwollende läßt gegen Bewilligung der Wohnung ein Darlehen zinsenlos stehen. Im vorliegenden Falle hat freilich ein Sklave ohne Erlaubnis des Herrn gehandelt, weshalb der Herr nicht gebunden sein soll. Wir werden schließen dürfen: bei vorhandener Erlaubnis wäre alles in Ordnung gewesen.

Im § 5 de usu et habitatione 2, 5 haben wir sogar den allgemeinen Satz: si cui habitatio legata siue aliquo modo constituta sit. Es fragt sich aber doch, ob jedes zweiseitige Geschäft diesem Zwecke dienstbar gemacht werden konnte. Zunächst ist die Schenkung auszunehmen. Ferner haben die beiden überlieferten Beispiele, die außer dem Legat vorkommen, das Eigentümliche, daß die Gegenleistung in etwas anderm als Geld besteht. Also werden wir wohl die Fälle, wo für eine Wohnung Geld ausbedungen wurde, der locatio conductio einzureihen haben.

Mit Recht hält Savigny die in iure cessio von der habitatio fern. Aus diesem Satze folgt, daß die habitatio in der klassischen Zeit noch keine vollständig ausgebildete Dienstbarkeit war; vgl. Elvers, Servitutenlehre, S. 633. Dafür spricht ferner die Nichterwähnung der habitatio an Orten, wo persönliche Dienstbarkeiten aufgezählt werden — Marcianus fr. 1 de seru. 8, 1 — namentlich wenn dies gelegentlich deren Bestellungsweise geschieht — Gai. fr. 1 de usu et hab. 7, 8; pr. de usu et hab. 2, 5 — wie denn hiermit auch die Ungültigkeit der Schenkung zusammenhängt.

Man stritt, ob die habitatio mehr Aehnlichkeit habe mit dem usus oder dem usus fructus: c. 13 pr. de usu fructu et hab. 3,33. Für usus tritt ein Pomp. fr. 32 de usu fr. 7, 1. Gegen Nießbrauch Proculus, Neratius, Ulpian fr. 10 § 2 de usu et hab. 7, 8. In Uebereinstimmung mit Papinian bemerkt Ulp. fr. 10 pr. daselbst: et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis. Später hat sich

ein selbständiges Recht der habitatio entwickelt: c. 13 pr. de usu fr. 3, 33; § 5 de usu et hab. 2, 5.

Savigny findet nirgends eine Klage erwähnt und denkt an eine actio in factum concepta. Nach Papinian ist Besitzesschutz zu gewähren ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur; und dies wird damit begründet quasi loco possessoris constitutus qui usum cenaculi accepit. Der habitator wird demnach in Bezug auf Besitzentziehung und Besitzesstörung mit dem Nießbraucher auf gleiche Stufe zu stellen sein. Ferner legt c. 6 Quod cum eo qui 4, 26 den Gedanken nahe, daß demjenigen, welchem eine habitatio zugestanden, es an Mitteln nicht fehlte, in den Besitz dieser Wohnung zu gelangen. Wogegen derjenige, welchem ein Nießbrauch z. B. durch in iure cessio bestellt war, kein auf Besitzerlangung gerichtetes Interdikt hatte. Ulp. fr. 3 § 14 de ui 43, 16: quid ergo est? debet fructuarius usum fructum uindicare. Auch in anderer Hinsicht finden Unterschiede statt zwischen Nießbrauch und habitatio; die Verbindung von Wohnung und Besitz ist es vor allen Dingen, welche die habitatio in Gegensatz zur locatio conductio bringt.

Das Wohnungsrecht des B.G.B. ist nicht nach allen Richtungen hin den Grundsätzen der habitatio unterworfen. Darin kommen beide überein, daß sie ein Mittelglied bilden zwischen Miete und Nießbrauch.

3. Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes bezw. der Eltern.

a) Dem einfachen Nießbrauche füge ich weiter an die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes.

Das B.G.B. hat als Regel die Verwaltungsgemeinschaft entwickelt. Das Vermögen der Frau, sofern nichts anderes bestimmt, wird durch die Eheschließung der Verwaltung nnd Nutznießung des Mannes unterworfen. Das Vermögen der Frau ist eingebrachtes Gut, sofern keine andere Bestimmung getroffen: § 1363.

Nach § 1373 des B.G.B. ist der Mann berechtigt, die

zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen. Solange das körperliche Verhältnis in der Person des Mannes nicht hergestellt, ist er noch kein Besitzer, sondern hat nur einen Anspruch. Solange sich die Wertpapiere unter dem Verschlusse der Frau befinden, ist sie die Besitzerin. Erlangt dann der Mann den Besitz, so behält die Frau mittelbaren Besitz.

Der Mann werde geschäftsunfähig, wegen Geisteskrankheit entmündigt. Damit hört sein Besitz am Eingebrachten der Frau nicht auf. Wie steht es um neuen Erwerb? Die Frau mache eine Erbschaft, die dem Eingebrachten zu gute komme. Befindet sich der Mann unter Vormundschaft, so hat ihn nach § 1409 des B.G.B. der Vormund in den Rechten und Pflichten zu vertreten. Demnach wird der Vormund für den Mann Besitz ergreifen, ja den Mann selber zum Besitzer machen können. Man setze, zur Erbschaft gehöre ein Landgut. Auf dieses Landgut wird der Mann gebracht, um hier verpflegt zu werden. Ein solcher geisteskranker Ehemann hätte damit für sich den Besitz des Landgutes erworben.

Freilich ist nicht nötig, daß man so verfährt. Die Frau wäre nach § 1418 Nr. 3 berechtigt, auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung zu klagen. Damit erreichte sie, daß ihr mittelbarer Besitz zu wirklichem würde, und von einer ihr zufallenden Erbschaft könnte sie gleich selber Besitz ergreifen.

Anders verhält es sich mit dem Vorbehaltsgute. Dahin wird man auch zu zählen haben die der Frau vom Manne geschenkten Sachen. In dieser Beziehung nimmt die Frau eine durchaus selbständige Stellung ein: B.G.B. § 1371. Sie ist Alleinbesitzerin und bleibt Alleinbesitzerin, selbst wenn sie das Vorbehaltsgut mit in die eheliche Wohnung nimmt. Für einen Mitbesitz des Mannes fehlen an sich die Voraussetzungen. Anderer Meinung Josef, Arch. für bürg. Rt., Bd. 15 S. 269. Möglich ist freilich ein Mitbesitz. Einer solchen Möglichkeit gedenkt § 1362 Abs. 1. Beispiel: Mann und Frau benutzen denselben Kleiderschrank.

Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft unterliegt das Gesammtgut der Verwaltung des Mannes, dem hier mehr freie

Hand gelassen ist, als bei der Verwaltungsgemeinschaft: §§ 1444 flg. Der Mann ist berechtigt, die zu dem Gesammtgute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen: § 1443 Abs. 1. Daneben läßt das B.G.B. Vorbehaltsgut zu, sowohl auf Seiten des Mannes wie der Frau: §§ 1440. 1441.

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft haben wir vier Vermögensmassen auseinanderzuhalten: Gesammtgut, eingebrachtes Gut des Mannes, eingebrachtes Gut der Frau, Vorbehaltsgut der Frau. Siehe B.G.B. §§ 1524. 1525. 1526. 1550. 1555.

Bei der Gütertrennung stehen sich die Ehegatten in vermögensrechtlicher Beziehung überhaupt einander unabhängig gegenüber.

b) Die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes findet ein Seitenstück in der Stellung, welche den Eltern in Bezug auf das Vermögen ihrer minderjährigen Kinder zukommt.

Endet die elterliche Gewalt oder wird sie verwirkt, so muß dem Kinde das Vermögen herausgegeben und Rechnung wie Rechenschaft abgelegt werden. Dasselbe tritt ein beim bloßen Ruhen der elterlichen Gewalt z. B. wegen längerer Abwesenheit des Vaters, sowie beim Aufhören der Vermögensverwaltung z. B. infolge einer Entziehung.

Die Eltern erscheinen demnach nur als Zeitbesitzer, während den Kindern der mittelbare Besitz gebührt.

In erster Linie kommt der Vater in Betracht: § 1681.

Wenn der Vater gestorben oder für todt erklärt ist, geht die elterliche Gewalt auf die Mutter über: § 1684 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2.

Bei Lebzeiten des Vaters soll die Mutter im allgemeinen die elterliche Gewalt nicht erhalten, selbst wenn sie in der Person des Vaters aufgehört hat: z. B. nicht, wenn sie dem Vater in Gemäßheit von § 1666 Abs. 2 gänzlich entzogen worden; auch nicht im Falle einer Verwirkung. Es muß dann ein Vormund bestellt werden. Jedoch finden Ausnahmen statt: z. B. § 1684 Abs. 1 Nr. 2, § 1586, § 1701.

Wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht, soll sie die

Mutter ausüben, jedoch dem Vater die Nutznießung verbleiben: § 1678. Der Vater erscheint dann ebenfalls als mittelbarer Besitzer; sein mittelbarer Besitz gesellt sich hinzu dem mittelbaren Besitze der Kinder.

4. Pfandgläubiger und Pfandschuldner.

An zweiter Stelle nennt der § 868 des B.G.B. den Pfandgläubiger.

Nach römischem Rechte behielt der Pfandschuldner den Ersitzungsbesitz, während der Pfandgläubiger den Interdiktenbesitz erlangte: Vac. poss., Bd. 1 S. 182.

Nach dem B.G.B. § 1205 entsteht ein Pfandrecht an beweglichen Sachen dadurch, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergiebt. Der Eigentümer braucht nicht gerade der Schuldner zu sein, beide müssen sich aber dahin verständigt haben, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Der Pfandgläubiger erlangt wirklichen Besitz, während dem Eigentümer nur der mittelbare verbleibt: § 868.

Auch ein Eigentümer, der nur mittelbaren Besitz hat, kann ein Pfand bestellen. In diesem Falle wird der mittelbare Besitz auf den Pfandgläubiger übertragen und dem Besitzer davon Anzeige gemacht: § 1205 Abs. 2. Hierin zeigt sich ganz deutlich die Natur des mittelbaren Besitzes: es wird gerade so verfahren wie bei Verpfändung einer Forderung, vgl. § 1280.

5. Pacht und Miete.

Dem Pfandgläubiger läßt § 868 des B.G.B. Pächter und Mieter folgen.

Nach Savigny, Recht des Besitzes [7] S. 284, sollen Miete und Besitz sich gegenseitig ausschließen. Hierfür wird angezogen fr. 10 de adq. uel am poss. 41, 2. Jhering, Der Besitzwille, S. 352, behauptet: 'die Vereinbarung, daß der Pächter oder Mieter Besitz erhalten solle, ist ungültig'. Mit dürren Worten sei dieser wichtige Satz zwar nirgends ausgesprochen, er ergebe sich aber aus dem angeführten fr. 10 § 2.

Aehnlich Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bd. 4 S. 295, der außerdem anführt fr. 33 § 6 de usurp. 41, 3.

Ich glaube aber nicht, daß der 'wichtige Satz' durch die beigebrachten Quellenzeugnisse dargethan wird. Ich will hierauf nicht weiter eingehen und verweise statt dessen auf das Interdictum de loco publico fruendo wie de superficiebus, welche für die Verträglichkeit von Miete und Besitz den Beweis erbringen. Sodann dürfte einigermaßen ins Gewicht fallen das alte Prekarium. Dasselbe wird einmal die allgemeine Form gewesen sein, um die Nutzung eines fremden Grundstückes zu ermöglichen. Ebensowenig wie später hat man es sich in alter Zeit als beschränkt auf Gemeindeland vorzustellen; und wie noch später eine Leistung für das Nutzungsrecht mit dem Begriffe Prekarium sehr wohl vereinbar, wird es sich auch in früherer Zeit dagegen nicht abwehrend verhalten haben: Ubbelohde, Archiv für die civ. Pr., Bd. 59 S. 262 flg., und Forts. von Glück, Bd. 5 S. 295; Schwegler, Röm. Gesch., Bd. 2 S. 210 Anm. 5 und S. 436.

Im allgemeinen ist freilich der Mieter und Pächter von den Römern als Detentor behandelt worden. Beim colonus hat eingewirkt das Sklavereiverhältnis. Bei den inquilini haben wir es ebenfalls mit kleinen Leuten zu thun, welche namentlich die großen Mietskasernen, insulae, bewohnten. Hier mag es den Römern außerdem zu weitläufig vorgekommen zu sein, in einem und demselben Hause die einzelnen Familien durch besondere Besitzlinien abzugrenzen.

Der colonus eröffnet, wie wir sahen — oben § 3 S. 23 — eine neue Reihe von Detentoren: derjenige, in dessen Person das körperliche Verhältnis allein begründet, ist nicht der Besitzer, sondern ein anderer, für den er besitzt. Wir kommen bei diesem Detentionsfalle zurück auf den Willen. War aber ursprünglich den Römern das körperliche Verhältnis von Person und Sache als solches der Besitz, ohne daß auf den Willen Rücksicht genommen wurde, so gelangen wir für die alte Zeit ganz von selber dahin, in dem colonus ebenfalls einen Besitzer zu erblicken. Man müßte denn annehmen, daß der

colonus gleich bei seinem ersten Auftauchen von Rechts wegen sei zum Detentor gestempelt worden.

Vielleicht hat sich indes noch eine Spur von der ältern Auffassung erhalten, die den colonus als einen Besitzer ansah. Das Uti possidetis hat sich erst im Laufe der Zeit als Besitzstörungsklage entwickelt, die alte Besitzstörungsklage der Römer war meines Erachtens das Interdiktum Quod ui aut clam. Ich werde hierauf unten § 43 zurückkommen. Daß aber das Quod ui aut clam dem Pächter zustehe, war noch zu Ulpian's und Venulejus' Zeiten unzweifelhaftes Recht: fr. 11 § 12 fr. 12 Quod ui aut clam 43, 24. Und schon Sabinus gewährte diese Klage einem Haussohn-Pächter. Ulp. fr. 19 Quod ui aut clam 43, 24: Interdictum quod ui aut clam competere filio familias colono arboribus succisis Sabinus ait. Man darf nicht mit Mommsen vor filio ein a einschieben. Es wäre schon auffallend, daß dann für das competere kein Dativ übrig bliebe. Andererseits fügt sich diese Stelle sehr gut ein dem Edikte Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit: Lenel n. 1367.

Hinsichtlich des Mieters verdient hervorgehoben zu werden, daß sich bei den Römern ein eigner Besitz an abgesonderten Wohnräumen nicht entwickelt hat. Ich werde unten § 33 auf diesen Punkt zurückkommen, vgl. vorläufig Bruns, Besitzklage, S. 79.

Von Jhering, Besitzwille, S. 309 ist in erster Linie das Mietsverhältnis herangezogen, um seinen Satz darzuthun: der Wille beim Besitzer und Detentor ist ganz derselbe. Es heißt bei Jhering: 'Der Pächter — um ihn statt aller andern zu nennen — soll das Grundstück nicht für sich, sondern für den Verpächter haben wollen. Wenn der gemeine Mann dies aus dem Munde eines Juristen zu hören bekäme, er würde glauben, daß derselbe seinen Spott mit ihm treiben wolle oder nicht ganz bei Sinnen sei, jedenfalls würde der Jurist, wenn er sich auf eine Diskussion mit ihm einließe, den Kürzeren ziehen.'

Diese Auslassungen Ihering's sind insoweit verfehlt, als die Begriffe des Habenwollens für sich und des Habenwollens für andere jedenfalls auseinanderzuhalten sind. Eine nähere Betrachtung der Miete wird uns in dieser Ansicht nur bestärken können. Allerdings ist bei der rechtlichen Behandlung der Miete ein grober Fehler gemacht. Dieser Fehler liegt aber auf einem andern Gebiete, und von diesem Fehler hat Ihering sich ebenfalls nicht frei gehalten: man hat den großen Gegensatz, der zwischen römischrechtlicher und gemeinrechtlicher Anschauung besteht, nicht zu scharfem Ausdruck gebracht.

a) Die römischrechtliche Anschauung.

Hatte ein Römer gemietet und wurde nicht in die Wohnung gelassen, so stand ihm nur ein Anspruch auf Schadensersatz zu. Er war nur berechtigt, für einen andern innezuhaben; wenn aber der andere ihn gar nicht als Mieter wollte, dann war es vorbei mit dem Innehabenwollen für einen andern. Das Innehabenwollen für andere beruht im allgemeinen auf einem sich entsprechenden Doppelwillen. Dieser Doppelwille ist nicht mehr vorhanden, wenn einer von beiden andern Sinnes wird. Näheres oben § 12 S. 82.

Der Vermieter in Rom konnte seinen Mieter jeden Augenblick an die Luft setzen. Wollte der Mieter nicht gehen, so hatte er nicht mehr für den Vermieter inne, der ihn ja los sein wollte. Er hatte dann für sich inne, war also Besitzer, aber fehlerhafter Besitzer.

Marcellus fr. 12 de ui 43, 16: dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi uolentem prohibuisset an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. igitur interdictum unde ui colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecisse tunc uideretur, cum emptori possessionem non tradidit, nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset. Die am Schlusse vorgeführte iusta et probabilis causa müssen wir uns vom römischen Standpunkte aus zurecht zu legen suchen: der Legitimationspunkt war vielleicht

nicht in Ordnung. Wir dürfen keine modernen Vorstellungen hineintragen: (was freilich häufig, z. B. von Wendt, Faustrecht, S. 188 flg., versucht worden.

Pap. fr. 18 ebendaselbst: placebat colonum interdicto uenditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex uoluntate eius missum intrare prohibuerit ... emptorem quoque, qui postea uim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a uenditore per uim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. quaesitum est, an emptori succurri debeat, si uoluntate uenditoris colonum postea ui (armata) expulisset. dixi non esse iuuandum, qui mandatum illicitum susceperit. Da einem gewaltthätigen Besitzer gegenüber einfache Gewalt zu Papinian's Zeiten auch nachträglich gestattet war, vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 370 flg., so ist anzunehmen, daß Papinian ui armata expulisset geschrieben hat. Nur unter dieser Voraussetzung erhalten wir für damals ein mandatum illicitum. Damit erledigen sich zugleich die Bedenken, welche von Jhering, Besitzwille, S. 439 flg. geäußert worden. In anderer Weise sucht das mandatum illicitum zu halten Ubbelohde, Fortf. von Glück, Bd. 5 S. 60.

b) Der gemeinrechtliche Standpunkt.

Nach gemeinem Rechte kann der Mieter verlangen, daß ihm die gemietete Wohnung eingeräumt werde, gegen den Willen des Vermieters. Er betritt die Wohnung mit dem Willen, dieselbe die Mietezeit über für sich innezuhaben: der Vermieter mag damit einverstanden sein oder nicht. Die Klage aus dem Mietsvertrage, welche die Einräumung erzwingt, ist nicht wie die römische ein Geldabfindungsklage, sondern geht auf die Sache selber. Von einem Innehaben für einen andern, sofern es sich um Aushalten des Mietsvertrages handelt, kann keine Rede sein: da die Gedoppeltheit des sich entsprechenden Willens nicht vorhanden.

Neben diesem Fürsichhabenwollen des Mieters geht freilich einher ein Habenwollen für den Vermieter: insofern der Mieter

gesonnen ist, die Wohnung nach Ablauf der Mietezeit dem Vermieter wieder zur Verfügung zu stellen.

Solange der Mietevertrag läuft, kann der Mieter vom Vermieter nicht an die Luft gesetzt werden. Einem Ansinnen des Vermieters, die Wohnung früher zu verlassen, braucht der Mieter keine Folge zu leisten. Ein Mieter, der nicht weicht, sondern seinen Besitzwillen bekundet, ist nicht, wie der römische, ein gewaltthätiger, sondern ein rechtmäßiger Besitzer.

Der Mieter kann Dritten gegenüber von seinem Hausrechte Gebrauch machen und jedem die Thüre zeigen. Strafgesetzbuch § 123. 'Wer in die Wohnung . . . eines andern . . . widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird wegen Hausfriedensbruches . . . bestraft.'

Es ist hergebrachte deutsche Auffassung, daß auch diejenigen, welche in einem fremden Hause zur Miete wohnen, den Hausfrieden genießen sollen. Dies wird in deutschrechtlichen Quellen mehrfach ausgesprochen: Beweisstellen bei Osenbrüggen, Der Hausfrieden, S. 6 flg.

Dieser Rechtsschutz greift selbst dem Vermieter gegenüber Platz: Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 15 Nr. 121. Die Möglichkeit eines derartigen Hausfriedensbruches, begangen vom Vermieter in der Mietswohnung, ist ein sicherer Beweis für den Besitz des Mieters.

Man darf sich dadurch nicht irre machen lassen, daß der nach § 123 des St.G.B. zur Aufforderung Berechtigte nicht immer der Besitzer. Durch solche Aufforderung wird auf alle Fälle Besitz ausgeübt, wenn nicht vom Besitzer, so für den Besitzer. Vgl. Oppenholz, St.G.B. [10] zu § 123 S. 300 Anm. 21.

Dazu kommt noch die Spolienklage auf Wiedereinräumung einer Wohnung, die dem Mieter gegen seinen Willen entrissen wurde.

Der Mieter ist schon Besitzer nach gemeinem Rechte: vgl. Dernburg, Pand., Bd. 1 [4] § 189 S. 446, Bd. 2 [4] § 111 A. 31.

Was vom Mieter, gilt in entsprechender Weise vom Aftermieter: Seuffert's Archiv, Bd. 47 Nr. 185.

c) Das Recht des B.G.B.

Das B.G.B. § 868 nennt Pächter, Mieter neben dem Nießbraucher, Pfandgläubiger und stellt ihn sich als Sachbesitzer vor. Der Verpächter, Vermieter erscheint dem gegenüber als der mittelbare Besitzer.

Wird ein Haus von mehreren Mietern bewohnt, so ist ein solches Grundstück durch Besitzlinien geteilt, welche die einzelnen Wohnungen abgrenzen. Die einzelnen Mieter sind Teilbesitzer: § 865. Daneben kann es Räume geben, deren Benutzung allen Mietern freisteht, z. B. ein Waschhaus. Das ist Mitbesitz, siehe unten § 41 Z. I, 1. Bewohnt der Vermieter ebenfalls einen Teil des vermieteten Hauses, so ist er insofern wirklicher, im übrigen mittelbarer Besitzer.

Für den Umfang des Mietsbesitzes ist maßgebend der Mietsvertrag. Siehe oben § 2 Z. I, 1, S. 9. Aehnlich wie das frui beim interdictum de loco publico fruendo und de superficiebus geschützt wurde e lege locationis: Ulp. fr. 1 pr. de loco publ. fruendo 43, 9; fr. 1 pr. de superf. 43, 18. Ueberschreitet der Mieter die ihm durch den Vertrag gesteckte Grenzlinie, so handelt er nicht als Mietsbesitzer, sondern als unrechtmäßiger Besitzer.

Der Inhalt eines Mietsvertrags bestimmt sich nicht bloß nach dem, was ausdrücklich vereinbart oder in den Gesetzen enthalten, sondern auch nach dem, was den Umständen entspricht. Ein Mieter darf sich nicht weigern, die gemietete Dachstube aufzuschließen, wenn der Vermieter das Dach ausbessern lassen will. Vgl. schon Ulp. fr. 3 § 3 Uti poss. 43, 17. Cum inquilinus dominum aedes reficere uolentem prohiberet, aeque competere interdictum uti possidetis placuit testarique dominum non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret. Wendt, Faustrecht, S. 190 folgert aus dem non prohibere inquilinum, ne habitaret: 'ein prohibere ne habitaret würde vom inquilinus mit Fug und

Recht abgewehrt werden können'. Dieses argumentum a contrario halte ich nicht für zulässig. Nach römischem Rechte konnte ein Vermieter einen Mieter jeden Augenblick an die Luft setzen. Ein Mieter, der sich dem widersetzte, hätte Besitz ausgeübt, worauf er keinen Anspruch, also unrechtmäßigen Besitz: siehe oben S. 119. Mit dieser allgemeinen Auffassung steht unsere Stelle keineswegs in Widerspruch. Festzustellen, ob ein Mieter am Wohnen oder Besitzen verhindert werde, war für einen römischen Vermieter deshalb von Wichtigkeit, weil ein Hindern am Wohnen ihn einem Schadenersatzanspruche aussetzte.

Will ein Vermieter eine Wohnung, die gekündigt, anderweitig vermieten, so muß sich der gegenwärtige Mietsbewohner gefallen lassen, daß die betreffende Wohnung von Mietsliebhabern besichtigt wird. Würde er sich dessen weigern, so griffe er ein in die Besitzbefugnisse des Vermieters und verübte dem gegenüber eine Besitzstörung.

Eine nähere Betrachtung erfordert die Aftervermietung. Hat der Hauptvermieter seine Zustimmung gegeben, so liegt die Sache folgendermaßen. So weit der Besitz des Aftermieters reicht, hat sich der Besitz des Aftervermieters in mittelbaren verwandelt. Daneben ist bei Bestand geblieben der mittelbare Besitz des Hauptvermieters. Also stehen dem Besitze des Aftermieters gegenüber die beiden mittelbaren Besitze des Aftervermieters und Hauptvermieters.

Nach § 549 des B.G.B. hat indes der Vermieter nicht nötig, zu erlauben, daß der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten überlasse. Wenn trotzdem der Mieter zur Aftervermietung schreitet? Dann ist er über seine Befugnisse hinausgegangen. Der Aftermieter ist zwar rechtmäßiger Besitzer seinem Aftervermieter gegenüber, aber unrechtmäßiger vom Standpunkte des Hauptvermieters aus. Der Hauptvermieter braucht einen solchen Aftermieter nicht zu dulden.

Denkbar wäre wohl auch eine Miete, welche dem Mieter bloße Innehabung, keinen Besitz verschaffte. Strohal in Ihering's Jahrb. Bd. 38 S. 11 behandelt in dieser Weise

denjenigen, der sich einen bereit stehenden Sessel mietet, um ihn während eines Gartenkonzertes zu benutzen. Dem wird man zustimmen können, wenn der Vermieter der Sessel zugleich Besitzer des Grundstückes sein sollte; oder wenn er wenigstens die Sessel in seiner Obhut behält. — Nach Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 185 S. 66 ist Innehaber, 'wer im Wirtshause ein Billard mietet'. — Wegen der auf einem Vertrage beruhenden Innehabung im allgemeinen siehe oben S. 45.

6. Superficies und Erbbaurecht sowie ähnliche Rechte.

a) Das römische Recht.

Man pflegt die Superficies allgemein als ein dingliches Recht aufzufassen. Das ist indes vom Standpunkte des römischen Rechtes aus kaum richtig. Die Dinglichkeit war eine mögliche Begleiterin der Superficies, aber keine notwendige Voraussetzung.

Das Edikt des Prätors lautete nach Ulp. fr. 1 pr. de superf. 43, 18. Uti ex lege locationis siue conductionis superficie, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus (ita) fruamini, uim fieri ueto. si [qua alia] actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Statt conductionis hat man wohl vorgeschlagen uenditionis. Allein die Ausdrücke locare, conducere ebenso wie uendere, emere haben sich erst ganz allmählich zu scharf abgegrenzten Kunstausdrücken entwickelt: Societas publ., Bd. 1 S. 95 flg. Locare, conducere kann man ebenso gut von dem einen wie dem andern sagen: Gai. fr. 20 de act. empti 19, 1; Lenel, Edictum, S. 383. In seiner Palingenesia n. 1551 rechnet Lenel mit der Möglichkeit eines Glossemes.

Fruemini verwandelt Lenel, Ed. a. a. O. in fruimini. Schmidt, Zeitschr. für Rechtsgesch., Bd. 24 S. 139 erklärt diese Aenderung für eine Notwendigkeit. Ich kann mich indes zu einer Aufgabe des fruemini nicht ohne weiteres entschließen. Das Futurum hatte im Album des Prätors seine volle Be-

rechtigung, es wird damit auf die künftigen Fälle hingewiesen. Das Interdikt des einzelnen Falles konnte natürlich kein Futurum gebrauchen; das wird vermutlich gelautet haben: Uti nunc fruimini. Nach Schmidt soll die Florentina sagen: 'stört einander gegenwärtig nicht in demjenigen Genuß, welchen ihr künftig haben werdet.' Allein das 'gegenwärtig' ist von Schmidt eingeschoben; der Conjunctivus Präsentis fruamini vertritt den Conjunctivus Futuri. Weiter beruft sich Schmidt auf Ulp. fr. 1 § 2 de interdictis 43, 1: interdictorum quaedam in praesens, quaedam in praeteritum referuntur. Aber referuntur ist doch nicht so viel als concipiuntur. Der Sinn des Satzes ist: einzelne Interdikte werden auf die Gegenwart, andere auf die Vergangenheit bezogen. Dabei ist zu denken an die Behandlung, welche die Fassung im Album beim Interdikt des einzelnen Falles erleidet. Dies ergiebt deutlich Ulp. fr. 11 § 4 Quod ui aut clam 43, 24. Quod ait praetor: 'quod ui aut clam factum est', ad quod tempus referatur, uideamus, utrum ad praeteritum an ad praesens. quae species apud Iulianum exposita est: ait enim in hoc interdicto praesentis temporis significationem accipi debere. Die Fassung im Album war das Präteritum Quod ui aut clam factum est. Im einzelnen Falle ist das von der Gegenwart zu verstehen: das gewaltsam oder heimlich errichtete Werk muß zur Zeit des interdictum redditum noch vorhanden sein. Wir haben die Fassung im Album und die des einzelnen Interdikts auseinanderzuhalten. Ich werde hierauf beim Uti possidetis zurückkommen: siehe unten § 43.

Der Schlußsatz ist uns noch einmal im § 3 überliefert. Hier fehlt aber qua alia, und das ist die richtige Fassung. Das interdictum de superficiebus wird weder vom Prätor noch von Ulpian den actiones zugezählt sein. Vgl. wegen des Sprachgebrauches von Ulpian fr. 35 § 2, fr. 39 pr. de proc. 3, 2.

Nach diesen sprachlichen Bemerkungen wende ich mich zum Inhalt des Ediktes. Der Besitzesschutz wird unbedingt gewährt. Jede andere Klage ist abhängig von einer doppelten Voraus-

setzung: Stellung eines Antrages, Bewilligung der Klage. Bei dieser andern Klage ist vorzugsweise an die in rem actio zu denken: Ulp. fr. 1 § 3 de superf.; fr. 75 de rei uind. 6, 1. Verweigert wurde sie, wenn der Mietsvertrag auf kurze Zeit abgeschlossen war; bei Mietsverträgen von längerer Dauer pflegte sie dagegen eingeräumt zu werden. Setzen wir, eine Kunstreitergesellschaft miete sich auf einige Monate einen Platz von einer städtischen Gemeinde, um dort ihren Zirkus aufzuschlagen. Eine solche Kunstreitergesellschaft würde nach den Grundsätzen, die der römische Prätor befolgte, zwar Besitzesschutz genießen, aber kein dingliches Recht erlangen.

Das Wesen der Superficies besteht in einer Verbindung von Miete und Besitz. Dies wird noch deutlicher durch den Hinweis, daß der Schlußsatz si actio . . . dabo eine spätere Hinzufügung: Schmidt, a. a. O, S. 135, 136. Paulus fr. 16 § 2 de pign. act. 13, 7 bemerkt: hodie utiles actiones superficiariis dantur. Die utiles actiones entsprechen der actio des Ediktes. Also zur Zeit des Paulus war es eine neue Einrichtung, daß dem Superficiar eine dingliche Klage zugestanden wurde.

Pininski, Sachbesitzerwerb, Bd. 2 S. 273 behauptet: 'dem Labeo und älteren Juristen war also der possessorische Schutz des Superficiars unbekannt'. Das wird indes durch Ulp. fr. 3 § 7 Uti poss. 43, 17 keineswegs bewiesen: vgl. wegen dieser Stelle Vac. poss., Bd. 1 S. 390 flg.; Schmidt, a. a. O. S. 140, 141.

Das einzige, was sich über die Entstehungszeit des interdictum de superficiebus sagen läßt, ist: es wird jünger sein als das Uti possidetis.

Eine Verbindung von Besitz und Miete finden wir auch beim Interdiktum de loco publico fruendo. Dieses ist aber nur dem Pächter bezw. dessen Genossen gewährt. Ulp. fr. 1 pr. de loco publ. fruendo 43, 9: ei qui conduxit socioue eius. Der socius weist uns hin auf die societas publicanorum. Der Fall, daß dieses Pachtrecht auf jemand anderes übertragen werden könnte, ist gar nicht berücksichtigt. Es wird

dies also nur in der Weise möglich gewesen sein, daß der verpachtende Staat zum Pachtabstande seine Zustimmung gab. Dann haben wir wieder ein unmittelbares Rechtsgeschäft zwischen Staat und neuem Pächter. Im zweiten Bande meiner Societas publicanorum werde ich mich mit diesem Interdikte näher beschäftigen; zuletzt hat dasselbe bearbeitet Ubbelohde in Fortſ. von Glück, Bd. 4 S. 284 flg.

Beim Interdiktum de superficiebus ist der Besitzesschutz erweitert worden. Dies wird damit zusammenhängen, daß es sich hier regelmäßig um Mietsverhältnisse von wesentlich längerer Dauer handelt. Besitzesschutz soll jeder haben, der seinen Besitz dem Gegner gegenüber fehlerfrei ausübt. Der Grundgedanke des Uti possidetis mit seiner Doppelseitigkeit und dem nec ui nec clam nec precario ist dem Interdiktum de superficiebus einverleibt worden: Ulp. fr. 1 § 2 de superficiebus.

Insofern erscheint der Besitzesschutz als losgelöst von der Person des Mieters. Auch der, welcher vom Mieter kaufte, hat Besitzesschutz; selbst seinem Verkäufer gegenüber, sofern ihm das nec ui nec clam nec precario nicht im Wege steht. Ebenso hat Besitzesschutz, wem die Superficies vermacht oder geschenkt war: Ulp. fr. 1 § 7 de superf. Selbst derjenige, welcher den Superficiar gewaltsam vertrieb, wenn auch nicht diesem, doch andern gegenüber. Der Superficiar selber hat das Unde ui: Ulp. fr. 1 § 5 de ui 43, 16.

Demnach stellt sich das Verhältnis von Miete und Besitz folgendermaßen. Notwendige Voraussetzung des Interdiktum de superficiebus ist, daß irgend einer zu irgend einer Zeit mit dem Staate, der Gemeinde u. s. w. einen Mietsvertrag abschloß. Es ist aber nicht erforderlich, daß derjenige, welcher den Mietsvertrag ausübt, hierzu berechtigt; es genügte, daß die Superficies einmal auf rechtmäßige Weise ins Leben getreten war. Der Staat, die Gemeinde werden zufrieden gewesen sein, wenn sie nur ihr Grundgeld erhielten, und nahmen keine Veranlassung, sich um das Recht des Einzelnen näher zu kümmern.

Eine mögliche Begleiterin des Besitzesschutzes war die Dinglichkeit; es konnte eine actio in rem gefordert und bewilligt werden. Das postulabitur, auf das wir hier stoßen, verlangt eine nähere Erörterung.

Postulare im allgemeinen bedeutet: etwas beim Prätor beantragen oder dem Antrage eines andern dort widersprechen; vgl. Ulp. fr. 1 § 2 de postulando 3, 1. Hier handelt es sich um die Forderung einer Klage, die der Prätor gewähren, aber auch versagen konnte.

Diese postulatio oder, wie man sie auch nannte, impetratio actionis wird von ältern Schriftstellern als ein Antrag aufgefaßt, welcher der Klage voraufgehen mußte und der, wenn unterlassen, die exceptio non impetratae actionis zur Folge hatte: Gothofredus c. 1 C. Th. de omissa actionis imp. 2, 3; Bretus Ordo perantiquus iudiciorum cap. 26; Glueck opuscula fasc. II pag. 326—331. Zimmern, Civilprozeß § 118 Anm. 1 hält die actionis postulatio gar nicht 'für einen eigentümlichen processualischen Akt'. Derselben Ansicht huldigen viele Schriftsteller, insonderheit Darsteller des römischen Civilprocesses. Mühlenbruch, Cession[3] S. 164 unterscheidet zwischen postulatio und impetratio; ebenso Rudorff, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2 S. 229. Wieding, Libellproc., S. 142 flg. bethätigt den Zimmern'schen Standpunkt, jedoch mit einer Einschränkung. Als allgemeine Einrichtung behandelt die impetratio actionis Bekker, Aktionen, Bd. 2 S. 232 flg. Nach O. E. Hartmann, Röm. Gerichtsverf., S. 466, 467 soll sie wenigstens bei solchen Klagen Platz gegriffen haben, die im rerum actus verhandelt wurden.

Ich erlaube mir, die Aufmerksamkeit zunächst auf drei Stellen zu lenken.

Ulp. fr. 4 § 8 de damno inf. 39, 2. Hoc autem iudicium certam condicionem habet, si postulatum est: ceterum qui non postulauit, experiri non potest. postulare autem proprie hoc dicimus pro tribunali petere, non alibi.

Die Stelle bezieht sich auf die actio in factum, welche dem Beschädigten gegen den Magistrat zugestanden wurde, wenn der Antrag auf Kaution gestellt, aber durch Nachlässigkeit des Magistrates die weitern nötigen Maßregeln unterblieben waren, und inzwischen der Einsturz erfolgte. Vgl. in sachlicher Beziehung Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn[2] S. 106.

In processualer Hinsicht lehrt die Stelle ein Dreifaches. Einmal: das postulare ist eine Besonderheit einzelner Klagen. Sodann: das postulare bedingt einen Vortermin und konnte im Klagetermin nicht nachgeholt werden. Endlich: das postulare war ein petere pro tribunali, fand mithin seine Erledigung durch causae cognitio und Dekret.

Im Album wird freilich nicht gestanden haben si postulatum est, sondern vermutlich si postulabitur. Das Präteritum ist zu verstehen vom Zeitpunkte des Termines, wo das Klagen vor sich gehen soll.

Lenel, Edictum, S. 43 hat bereits richtig hervorgehoben, daß si postulatum est keine wörtliche Ueberlieferung. Er hat aber dabei die formula vor Augen. Rudorff, Ed. perp. § 3 bildet sogar eine Formel mit si id ab eo postulatum est. Meines Erachtens haben wir dabei gar nicht an eine Einfügung in die Formel zu denken. Wer die betreffende Formel begehrte, mußte bereits vor deren Erteilung darlegen, daß sie ihm auf sein Ansuchen bewilligt worden: qui non postulauit, experiri non potest.

Eine andere hier einschlagende Stelle Coll. leg. R. et M. 12, 7 § 8. Ulpianus: sane enim quaeri potest, si nondum mihi damnum dederis et ita ignem habeas, ut metuam ne mihi des, an aequum sit me interim actionem, id est in factum inpetrare? Ulpian wirft die Frage auf: ob es nicht der Billigkeit entspreche, daß der einen Schaden Befürchtende inzwischen eine actio in factum erbitte? Hier denkt Ulpian ebenfalls an eine Vorhandlung, welche der Klaganstellung vorauszugehen hatte, für diese sogar Voraussetzung war. Denn das wirkliche Klagen war nicht möglich, solange

kein Schaden entstanden, wie schon durch das interim bewiesen wird. Impetrare so viel wie postulare. In dem entsprechenden fr. 27 § 10 ad leg. Aq. 9, 2 ist das impetrare fortgelassen und die damni infecti cautio, die schon Ulpian in der collatio vorschwebte, für ausreichend erklärt.

Höchst anschaulich schildert das Verfahren c. 1 C. Th. de dolo malo 2, 15 vom Jahre 319. Zu denjenigen Klagen, welche vorher erbeten sein mußten, gehörte die de dolo actio. Im allgemeinen mußte der impetratio actionis das gewöhnliche Ladungsverfahren vorausgehen. Bei längerer Abwesenheit des Zubeklagenden brauchte indes die Ladung ihn nicht erreicht zu haben, noch sollte dessen Gegenwart erforderlich sein: nec denuntiandi necessitate petitor oneretur, nec eius, qui aberit, praesentia postuletur. In dem Vortermine ward ein examen abgehalten: contra quem decernenda intentio huius modi fuerit expetita. Im günstigen Falle ward die Klage zugestanden: eis, quibus esse decertandi ius inuenitur, eius modi actionem causa cognita deferri. Vgl. Ulp. fr. 7 § 8 de dolo malo 4, 3: de dolo decernendam. fr. 13 § 1 ebendaselbst: in causae cognitione uersari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio. Pap. fr. 95 § 1 de sol. 46, 3: doli actio non immerito desiderabitur. Ein kaiserliches Rescript bei Call. fr. 45 § 1 de min. 4, 4. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß hier die impetratio vor einem andern Gerichte erfolgte, als dem für die Klage zuständigen: ita ut, impetrata doli actione, lis ad suum iudicem translata intra biennii spatium decidatur. Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproc., Bd. 3 S. 248 hält die Prüfung für eine einseitige, so daß also auf einseitigen Antrag des Klagenwollenden die Klage erteilt wurde. Allein wenn man nur bei längerer Abwesenheit von der Gegenwart des Zuverklagenden absah, wird regelmäßig mit ihm verhandelt sein. Und selbst in dem Ausnahmefalle stand es jedem beliebigen frei, für den Abwesenden als negotiorum gestor einzutreten: nec tamen assistere, si uelit, quisquam prohibeatur.

In der entsprechenden c. 8 C. I. de dolo malo 2, 20 ist alles, was das Vorverfahren angeht, gestrichen worden.

Auf diese Klagen, welche besonders erbeten und erteilt werden mußten, wird sich beziehen die exceptio non impetratae actionis. Hartmann a. a. O. hält dies für unzulässig, 'weil in diesen Fällen der Kläger ohne die impetratio ja an und für sich gar keine Klage hat'. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig, sobald wir nur annehmen, daß bei den gewöhnlichen Klagen ein besonderes Vorverfahren gar nicht nötig war. Denn dann bedeutet das vom Zubeklagenden vorgeschützte actionem non impetrasti so viel als: Du hast noch gar keine Klage, mache doch erst das Vorverfahren durch.

Ob man übrigens die exceptio non impetratae actionis schon mit dem rerum actus in Verbindung bringen darf, wie von Hartmann geschieht, ist mir zweifelhaft. Zu Zeiten des rerum actus wird der Prätor alle Klagen, die eines besondern Dekretes bedurften, von Amts wegen zurückgewiesen haben, wenn ein solches Dekret nicht bereits vorlag: qui non postulauit, experiri non potest. Die Zeit des Prätors war ohnehin genug in Anspruch genommen.

Nach der Beseitigung des rerum actus liegt die Sache wesentlich anders. Jetzt fragt man: warum soll der Richter nicht in einem und demselben Termine die Klage gewähren und dann sofort die Verhandlung darüber einleiten?

Dies ist indes zunächst dem Richter gegen den Willen des Beklagten nicht gestattet gewesen. Er konnte die Zusammenziehung der beiden Termine in einen einzigen durch die exceptio non impetratae actionis verhindern.

Die exceptio non impetratae actionis ist demnach eine proceßhindernde Einrede, entstanden in nachklassischer Zeit. Für späten Ursprung aus andern Gründen Muther, Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 9 S. 183.

Eine Einschränkung und Umgestaltung erfuhr sie durch c. 1 C. Th. de omissa actionis impetratione 2, 3 vom Jahre 428 = c. 2 C. I. de form. et imp. act. sub. 2, 57. Nulli prorsus non impetratae actionis in maiore uel in

minore iudicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit.

Zunächst wird durch dieses Gesetz keineswegs die impetratio actionis aufgehoben. Der Klagenwollende behielt noch immer das Recht, iu einem Vortermine die betreffende Klage zu erbitten.

Auch die exceptio non impetratae actionis ist nicht vollständig, sondern nur für den Fall beseitigt, wenn der angegangene Richter das Vorbringen des Klagenwollenden für ausreichend erachtet hatte, um daraufhin die Klage zuzulassen.

Nur noch, wenn das Vorbringen des Klagenwollenden ein mangelhaftes gewesen war, sollte der Richter der exceptio non impetratae actionis Statt geben. Aber selbst in diesem Falle nötigte die genannte exceptio den Klagenwollenden keineswegs, in alter Weise in einem Vortermine die Klage zu erbitten. Er brauchte ja nur in einem neuen Termine sein Vorbringen sachlich so zu vervollständigen, daß daraufhin nicht bloß die Klage zugelassen, sondern zugleich weitere Verhandlung eingeleitet werden konnte. Demnach war das Wesen dieser exceptio vollständig umgestaltet: es läßt sich durch sie nur noch rügen ein mangelhaftes Vorbringen von Seiten des Klagenwollenden.

Was die Befugnis des Klagenwollenden anbetrifft, noch in alter Weise in einem Vortermine die Klage zu erbitten, so ist zu bedenken: daß jeder Kläger so rasch wie möglich zum Ziele will und daher unnötige Weitläufigkeiten gern vermeidet. Das Vorverfahren, welches lediglich die Bewilligung der Klage bezweckte, wird wohl allmählich verschwunden sein. Und so erklärt sich wiederum die Ueberschrift im Justinian'schen Codex, wo geradezu von einer Aufhebung gesprochen wird: de formulis et impetratione actionum sublatis. Dabei ist indessen nicht außer Acht zu lassen, daß diese Aufhebung sich nur auf das weitläufige Verfahren beziehen kann. Denn eine Feststellung, daß dem Betreffenden die Klage zukomme, mußte immer noch stattfinden: si constiterit.

Die Erwähnung des maius und minus iudicium erkläre ich mir in folgender Weise. In Betreff der de dolo actio

stellte sich heraus, daß das Vorverfahren bei einem andern Gerichte stattfand, als dem für die Klage zuständigen. Das Vorverfahren mag niedern Gerichten überwiesen gewesen sein, wo die Klage selber bei einem höhern Gerichte anzubringen war. Selbst in solchem Falle sollte die exceptio non impetratae actionis nicht ohne weiteres zur Anwendung kommen. Das höhere Gericht hatte an Stelle des niedern die Klage zu bewilligen, um daraufhin sofort die Verhandlung einleiten zu können.

Es hätte sich hier somit bethätigt der bei Paulus fr. 54 de iud. 5, 1 ausgesprochene Satz: maior enim quaestio minorem causam ad se trahit. Vgl. zu dieser Stelle Keller, Röm. Civilproc.[6] § 43 Anm. 491. In anderer Weise sucht mit dem maius und minus iudicium fertig zu werden Dion. Gothofred zu dieser Stelle. Von einem höhern und niedern Gerichte ist auch sonst die Rede: c. 32 pr. § 5 de episcopis 1, 3 vom Jahre 472; c. 4 pr. de castrensianis 12, 25 vom Jahre 474; c. 34 pr. de app. 7, 62 aus den Jahren 520 bis 524; c. 13 § 1, c. 14 § 1 de iud. 3, 1 vom Jahre 530; nou. 23 cap. 1 vom Jahre 536. Vgl. Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 176.

Ich kehre zurück zur Superficies, um das für die postulatio bezw. impetratio actionis Gefundene hier zur Anwendung zu bringen. Das Wesen des Superficies besteht in einer Verbindung von Miete und Besitzesschutz. Die Möglichkeit einer dinglichen Klage war noch zur Zeit des Paulus eine neue Einrichtung. Sie mußte vom Prätor besonders erbeten und bewilligt sein. War dieser Punkt nicht vorher in Ordnung gebracht, so wird sich der Prätor mit derartigen Untersuchungen schwerlich während des rerum actus befaßt haben. Mit dem Wegfall der alten Gerichtsverfassung ändert sich die Sachlage. Warum soll der Richter, welcher die Klage bewilligt, nicht sofort darauf die Verhandlung einleiten? Ohne Zustimmung des Beklagten geht indes die Sache zunächst nicht; derselbe kann Widerspruch erheben durch eine proceßhindernde Einrede, die exceptio non impetratae actionis. Im Jahre 428 wird

der Gebrauch dieser Einrede wesentlich eingeschränkt und ihr Wesen umgestaltet. Infolge hiervon verschwindet allmählich das Vorverfahren, welches lediglich die Bewilligung der Klage bezweckte. Geblieben ist aber im Justinian'schen Recht eine besondere Erbittung der Klage und Prüfung des Gesuches, ob dieselbe zuzulassen. Es heißt ja ausdrücklich: si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. Man muß demnach noch immer sagen: die Dinglichkeit ist keine notwendige Begleiterin der superficies.

Der Superficiar hatte ein dem Uti possidetis nachgebildetes Interdiktum, der gewaltsam entsetzte das Unde ui. Näher sind wir über die Beschaffenheit des Besitzes nicht unterrichtet, die ich daher auf sich beruhen lasse. Beim Nießbrauch stießen wir auf Schwankungen und eine Unentwickeltheit des römischen Rechts; möglich, daß es sich mit der Superficies ebenso verhielt.

b) Das gemeine Recht.

Im gemeinen Rechte ist die besondere Erbittung der dinglichen Klage fortgefallen. Es hatten sich ja auch im Laufe der Zeit feste Grundsätze entwickelt, wann die dingliche Klage zu gewähren. Namentlich wurde sie versagt bei kürzerer Mietsdauer. Also können wir für das gemeine Recht den Satz aufstellen: das dingliche Recht an der Superficies ist ohne weiteres anzunehmen, wenn der Mietsvertrag auf längere Zeit abgeschlossen oder wenigstens für längere Zeit in Aussicht genommen wurde. Es sind nämlich Berechtigungen dieser Art mit dem Vorbehalte keineswegs selten, daß das Bauwerk auf Verlangen des Eigentümers jeder Zeit ohne Entschädigung entfernt werden müsse; beide Teile setzen aber voraus, daß an Ausübung dieses Vorbehaltes fürs erste nicht zu denken. Vgl. Blätter für Rechtspflege in Thüringen, Bd. 45 S. 116 flg.

Was fangen wir nun an mit der Superficies auf kürzere Zeit? Soll man sich hier nach gemeinem Rechte auf den Besitzesschutz beschränken? Diese Frage ist in der gemeinrechtlichen Litteratur mehr zurückgeschoben, als daß sie ihre Er-

ledigung gefunden hätte. Sehr begreiflich: da man eine Verbindung von Besitz und einfacher Miete den Römern überhaupt nicht zutraute. Ist es richtig, daß der Mieter nach gemeinem Rechte überhaupt Besitzer — siehe oben Nr. 5 S. 121 — so hat die Anerkennung des Besitzes in diesem besondern Falle vollends keine Bedenken.

Das gemeine Recht bringt uns eine Streitfrage: ob der Superficiar Sachbesitz habe oder sog. Rechtsbesitzer sei. Auch darauf will ich nicht näher eingehen. Dernburg, Pand., Bd. 1 § 259 Nr. 3 entscheidet sich für Sachbesitz.

c) Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Der Superficies des römischen und gemeinen Rechts entspricht im B.G.B. das Erbbaurecht. In Anlehnung an die gemeinrechtliche Auffassung tritt das dingliche Recht in den Vordergrund. Erbbaurecht ist das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche des belasteten Grundstückes ein Bauwerk zu haben: B.G.B. § 1012. An einzelnen Stockwerken ist das Erbbaurecht ausgeschlossen: B.G.G. § 1014.

Aufrecht erhalten sind indes die beim Inkrafttreten des B.G.B. bestehenden Rechtsverhältnisse dieser Art: E.G. Art. 184. Ferner gestattet Art. 131 des E.G. der Landesgesetzgebung noch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. ein Stockwerkseigentum in der Weise zu ermöglichen: daß Miteigentümern eines Gebäudes die ausschließliche Benutzung einzelner Teile als dingliches und teilloses Recht eingeräumt wird.

Von Besitz ist gar nicht ausdrücklich die Rede. Es unterliegt indes keinem Zweifel, daß wir den Erbbauberechtigten als Sachbesitzer zu betrachten haben. Derjenige, welcher das Erbbaurecht einräumte, erlangt jedenfalls dann mittelbaren Besitz, wenn eine auflösende Bedingung hinzugefügt oder die Einräumung bis zu einer bestimmten Zeit erfolgte. Aber auch wo ein Erbbaurecht von ganz unbeschränkter Dauer bewilligt wurde, dürften immerhin einige Besitzesbefugnisse für den Besteller übrig bleiben, so daß wir ihm den mittelbaren Besitz

nicht absprechen können. Es kommt hier alles auf den Inhalt des Begründungsvertrages an, dem für die verschiedenartigsten Möglichkeiten ein breiter Spielraum gelassen. Berechtigte Besitzesbefugnisse des Eigentümers neben dem Besitze des Erbbauberechtigten sind freilich nur so weit denkbar, als sie sich im Rahmen des geminderten Eigentums bewegen. Sollten für einen Eigentümer gar keine Befugnisse übrig bleiben, so würden wir sagen müssen: Besteller und Erwerber haben sich bei Begründung des Erbbaurechts im Ausdruck vergriffen; derjenige, dem es nur um ein Erbbaurecht zu thun war, ist in der That Eigentümer geworden. Denn ein Eigentum ohne Inhalt ist kein Eigentum, selbst wenn es im Grundbuch als solches eingetragen.

Wendt a. a. O. S. 61 verneint das Vorhandensein eines mittelbaren Besitzes neben dem des Erbbauberechtigten allgemein. Sein Grund ist freilich nur der, weil der letztere 'in perpetuum berechtigt'. Ferner erinnert Wendt selber an den Nießbrauch der juristischen Personen, der nach § 1061 des B.G.B. erst mit dem Aufhören dieser erlischt. Müssen wir aber beim Nießbrauch einer Gemeinde einen mittelbaren Besitz zugestehen, so werden wir ihn im Falle des Erbbaurechts dem Eigentümer ebenfalls nicht absprechen wollen.

Bartels bei Gruchot, Jahrgang 42 S. 647, scheidet ebenfalls aus Superficies und Baurecht, ferner von Erscheinungen des bestehen bleibenden ältern Rechts Meierverhältnis und Lehnrecht.

Was die Superficies auf kürzere Zeit anbetrifft, so kommen in Betracht die Bestimmungen des § 95 Abs. 1 S. 1: 'Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden sind'; und Abs. 2: 'Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke in ein Gebäude eingefügt sind, gehören nicht zu den Bestandteilen des Gebäudes'. Ein Erbbaurecht dieser Art kann also nach dem B.G.B. nicht mehr bestellt werden.

Dagegen an den Gebäuden selber, die einem dauernden

Zwecke dienen, kann ein Erbbaurecht auf beliebige Zeit bestellt werden; eine längere Zeit ist hier kein Erfordernis. Vgl. Dernburg, Das bürg. Recht, Bd. 3 § 161 S. 457.

Aehnlich wie mit dem Erbbaurechte verhält es sich mit der Erbpacht. Dasselbe gilt von dem Mineralgewinnungsrecht im Art. 68 des E.G. Ferner können hierher gehören die Rechte auf Kirchenstühle und Begräbnisplätze, siehe Art. 133 des E.G.

Ein dem Erbbaurechte verwandter Fall, wenn ein Haus auf Abbruch verkauft und übergeben wird: siehe oben § 9 S. 69.

7. Leihe.

Der Pacht und Miete reihe ich an die Leihe. Für das römische Recht kommt in Betracht das commodatum und precarium. Der Commodatar ist Detentor, der Precarist Besitzer. Im Laufe der Zeit hat sich freilich auch ein Detentionsprecarium entwickelt: Vac. poss., Bd. 1 S. 292 flg.

Nach gemeinem Rechte hat der Entleiher Anspruch darauf, daß ihm der Gebrauch der betreffenden Sache gestattet werde. Er steht anders da als der römische, dem nur eine Geldabfindungsklage zukam. Schon nach gemeinem Rechte müssen wir den Entleiher ebenso wie deu Mieter für einen Besitzer erklären.

Dasselbe gilt nach dem B.G.B. Der Verleiher behält mittelbaren Besitz.

Aber neben der Besitzleihe ist die Möglichkeit einer Leihe, welche den Leiher nur zum Innehaber macht, nicht zu bestreiten. Hierher gehört einmal das commodatum loci; sodann bei einer Leihe beweglicher Sachen die Fälle, in denen der Leiher die Sache unter seiner Obhut behält. Beispiele: Verleihung des Kursbuches in der Eisenbahn; Verleihung eines Opernglases im Theater an eine Nachbarin. Siehe oben § 4 Z. I, 3 S. 45.

Dem Leihevertrag ist das Precarium einverleibt worden: B.G.B. § 604 Abs. 3.

8. Hinterlegung.

Nach dem Pächter und Mieter bringt § 868 den Verwahrer. Der Verwahrer hat die Sache nicht für sich, sondern den Hinterleger inne. Will der Hinterleger demjenigen, der sich zur Aufbewahrung erboten, die Sache nicht einhändigen, so giebt es in dieser Beziehung keine Rechtshülfe. Sehr begreiflich fehlt hier auch heute, ebenso wie im römischen Rechte, eine auf Auslieferung der Sache gerichtete Klage. Das Füreinenanderninnehabenwollen setzt einen entsprechenden Willen bei dem andern voraus. Hört dieser Willen schon früher wieder auf, so läßt sich das Innehaben für einen andern nicht verwirklichen.

Nach römischem Rechte haben wir zu unterscheiden den Sequester und den gewöhnlichen Depositar. Der schon aus alter Zeit stammende Sequester, siehe Muther, Sequestration, S. 12 flg., war Besitzer. Dasselbe galt einmal vom Depositar, siehe oben § 3 S. 24, der sich aber in einen Detentor verwandelte. Florentinus fr. 17 § 1 Depositi 16, 3. Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est. Das Folgende ist Zuthat der Compilatoren: Eisele, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 24 S. 18. Selbst dem alten Besitzsequester gesellt sich hinzu ein Detentionssequester. So verstehe ich Iulianus fr. 39 de adq. uel am. poss. 41, 2. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa [et hoc aperte fuerit approbatum], ad usucapionem possessio eius partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem uictori procedere constat.

Der in eckige Klammern geschlossene Satz wird interpoliert sein: Eisele, a. a. O. S. 25. Andere Ansichten über das Verhältnis beider Stellen zu einander bei Dernburg, Pand., Bd. 1 § 173 Anm. 5; J. Voigt, Vom Besitz des Sequester, S. 36 flg.; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 607 flg.; Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 497 flg.

Das B.G.B. stempelt den Verwahrer allgemein zum Be-

sitzer, wohingegen dem Hinterleger nur der mittelbare Besitz, d. h. in erster Linie ein Besitzanspruch, verbleibt. Dieser mittelbare Besitz beschränkt sich indes auf das regelmäßige Verwahren; bei vertretbaren Sachen, § 700, bleibt kein mittelbarer Besitz übrig.

Nach römischem Rechte ist der Depositar Detentor, der Deponent Besitzer. Da aber beim Deponenten das körperliche Verhältnis nicht vorhanden, so kann, was die Römer Besitz nennen, nicht viel mehr als einen Besitzanspruch vorstellen.

Dem Verwahrer fehlt freilich für sich der Besitzwille: er will nur für einen andern haben. Der Detentionswille tritt uns hier in seiner ganzen Reinheit entgegen. Es hat mich eigentümlich berührt, daß Ihering in seinem Buche 'Der Besitzwille' auf den Detentionswillen des Depositars gar nicht näher eingegangen ist. Man sollte meinen: wer hiervon seinen Ausgang nimmt, kann gar nicht dazu gelangen, das Fürsich und Färandere zusammenzuwerfen.

Der Verwahrer will nicht für sich haben. Trotzdem kann ihn die Rechtsordnung als Besitzer behandeln. Hierzu reicht hin das körperliche Verhältnis.

9. Der Verwahrung verwandte Fälle.

In ähnlicher Lage wie der Verwahrer befinden sich andere Personen.

Der Beauftragte, dem zur Ausführung des Auftrages Sachen übergeben sind, insonderheit der Verkaufskommissionär.

Beim Werkvertrage der Unternehmer, welcher eine Sache verändern, z. B. eine Uhr reparieren soll.

Sodann erstreckt sich der Werkvertrag auf den Spediteur und Frachtführer. Als Frachtführer kommen namentlich Post und Eisenbahn in Betracht. Ferner reiht sich an der Schiffer.

In allen diesen Fällen haben wir denjenigen, der die Sache für einen andern hat, nach dem B.G.B. als wirklichen Besitzer zu betrachten, dem andern hingegen nur mittelbaren Besitz einzuräumen.

Der Schiffer pflegt eine ganze Reihe von mittelbaren Besitzern neben sich zu haben. Zunächst den Ablader, dann den im Konnossement bezeichneten Empfänger und beim Konnossement an Ordre die Rechtsnachfolger. Mit der Begebung des Konnossementes geht der mittelbare Besitz von Hand zu Hand über, ohne daß der Schiffer davon eher etwas erfahren haben muß, als bis der letzte Inhaber sich zur Empfangnahme der Güter vorstellt. Aehnlich liegen die Verhältnisse bei dem Ladescheine der Frachtführer und Binnenschiffer. Vgl. Bartels bei Gruchot, Bd. 42 S. 670. Damit hat der Besitzerwerb durch Konnossement und Ladeschein eine einfache Lösung gefunden. Früher machte er viel zu schaffen, vgl. Beyerlein, Besitzerwerb durch Konnossement.

Sodann ist der Schiffer nicht bloß Besitzer der Sachen, die ihm zur Beförderung übergeben werden, sondern auch des Schiffes. Dernburg, Das bürgerl. Rt., Bd. 3 § 23 S. 71, hält den Schiffer für einen bloßen Inhaber. Allein ein Schiffer übt nicht in einem Erwerbsgeschäfte, z. B. einem Laden, über eine Sache die thatsächliche Gewalt aus, sondern treibt mit einer Sache, eben dem Schiffe, für einen andern ein Erwerbsgeschäft. Zudem ist die Stellung des Schiffers dem Rheder gegenüber eine viel zu selbständige, man denke namentlich an den Schiffer auf hoher See. Ein Schiffer darf gar nicht einmal allen Weisungen des Rheders Folge leisten, er kann dadurch eine Verantwortlichkeit auf sich laden: § 512 des H.G.B.

Daß ein Gepäckträger nicht immer Besitzer der Sachen, die er trägt, davon war schon früher die Rede. Siehe oben § 4 S. 45.

Ob Verwahrer und die in ähnlicher Lage befindlichen Personen schon nach gemeinem Rechte als Besitzer zu behandeln, hängt davon ab, wie weit man das Gebiet der Spolienklage ausdehnen will. Bähr in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 26 S. 283 flg., gestattet sie in diesem Umfange. Das Reichsgericht, Entscheid. in Civilsachen, Bd. 5 Nr. 42 = Seuffert's Archiv, Bd. 37 Nr. 290 unter II, hat sich nur dahin ausgesprochen, daß sie kann 'angestellt werden von jedem, der aus

einer in eigenem Interesse ausgeübten Detention eigenmächtig entsetzt worden ist'. Vgl. ferner Seuffert's Archiv, Bd. 25 Nr. 7, Bd. 40 Nr. 96, Bd. 42 Nr. 99, Bd. 47 Nr. 185, Bd. 50 Nr. 282, Bd. 51 Nr. 76.

Hierbei bedarf ein Punkt einer besondern Hervorhebung, da es sich um eine weit verbreitete Unklarheit handelt, der selbst das Reichsgericht unterlegen. Das Reichsgericht gewährt wegen 'Detention' in einem gewissen Umfange eine Klage. Allein sofern jemand, der eigenmächtig entsetzt worden, selbständig ein Klagerecht hat, um wieder zu der Sache zu gelangen, ist er gar kein Detentor mehr, sondern Besitzer.

Mag man über die Spolienklage denken, wie man will — die Ansicht, welche im B.G.B. zum Ausdruck gelangt, kann nur als eine gesunde bezeichnet werden. Wenn die Römer dem Hinterleger possessio, die Heutigen Besitz zuschreiben, so ist diese possessio, dieser Besitz doch nicht viel mehr als ein Besitzesanspruch. Wenn andererseits der Verwahrer kein Besitzer sein sollte, so hätten wir einen Besitzesanspruch, dem kein Besitz im eigentlichen Sinne entspräche, obwohl die Person, bei der das körperliche Verhältnis begründet, genau bekannt wäre. Anscheinend haben hier die Ausdrücke possessio und Besitz dazu beigetragen, daß man sich über diesen besitzerlosen Zustand hinwegtäuschte. Das B.G.B. ist zurückgekehrt zur altrömischen Vorstellung, die uns noch später beim Sequester entgegentritt; die man freilich angefangen hatte, beim sonstigen Depositar zu verlassen.

10. Verträge zu Gunsten dritter.

Es kann verabredet werden, daß derjenige, welcher die Sache in Verwahrung oder zu einem andern Zwecke entgegennimmt, sie dermaleinst nicht dem Hingebenden, sondern einem dritten zurückerstatten soll.

Einen Fall dieser Art enthält c. 6 de don. inter uir. et ux. 5, 16 vom Jahre 229. Ein Ehemann hinterlegt für seine Frau. Die beabsichtigte Schenkung ist freilich wegen des Schenkungsverbotes unter Ehegatten ungültig.

Wenn jemand eine fremde Sache einem andern in Verwahrung giebt oder leiht und sich von demselben versprechen läßt, die Sache an den Eigentümer oder denjenigen, von dem er sie hat, zurückzugeben, so gewährt das römische Recht diesem eine utilis actio depositi bezw. commodati: c. 8 ad exhibendum 3, 42 vom Jahre 293; Mos. et Rom. leg. coll. 10, 7 § 8.

Fälle dieser Art werden getroffen durch den § 329 des B.G.B. Das entscheidende Merkmal, ob der dritte ein Klagerecht hat, wird namentlich darin gefunden, daß der Sichverpflichtende die Schuld des Versprechensempfängers übernahm.

Daneben verdient der mittelbare Besitz unsere Beachtung. Wenn A dem B eine Sache leiht und B sie an C weiter verleiht, so beeinträchtigt dieses Weiterverleihen den mittelbaren Besitz des A in keiner Weise, es entsteht daneben nur ein neuer mittelbarer Besitz des B. Hiermit stimmt überein § 604 Abs. 4. Insoweit kommt demnach das zu Gunsten eines dritten abgegebene Versprechen für den mittelbaren Besitz nicht weiter in Betracht.

Ich gestalte der Fall nun dahin, daß der dritte, zu dessen Gunsten das Versprechen erfolgte, noch keinen mittelbaren Besitz hatte. Der § 868 lautet so allgemein, daß wir diesem dritten, sofern er klageberechtigt, ebenfalls mittelbaren Besitz zuschreiben müssen.

Ein Beispiel liefert die Hinterlegung eines geschuldeten Gegenstandes bei Gericht oder einer sichern Bank. Zunächst behält der hinterlegende Schuldner das Verfügungsrecht, bleibt also mittelbarer Besitzer. Aber das römische Recht hat auch dem Gläubiger eine utilis depositi actio eingeräumt: c. 19 § 4 de usuris 4, 32 von Diocletian und Maximian.

Näher regelt die Beziehungen des Schuldners und Gläubigers zur Hinterlegungsstelle der § 376 des B.G.B. Darnach verliert der Schuldner das Verfügungsrecht, sobald er erklärt, daß er auf das Recht zur Rücknahme verzichte. Hiermit geht er seines mittelbaren Besitzes verlustig. Ferner ist die Rücknahme ausgeschlossen, wenn der Gläubiger der Hinterlegungs-

stelle die Annahme erklärt. Damit erwirbt, meines Erachtens, der Gläubiger zugleich den mittelbaren Besitz.

Weiter gedenke ich des Frachtvertrages. Nach Ankunft des Frachtführers am Orte der Ablieferung ist der im Frachtbriefe bezeichnete Empfänger berechtigt, von dem Frachtführer die Uebergabe des Frachtbriefes und die Auslieferung des Gutes zu verlangen: H.G.B. § 435. Damit wird der als Empfänger Bezeichnete zum mittelbaren Besitzer des Frachtbriefes wie des Gutes.

11. Die unmittelbare Stellvertretung.

Wir haben gesehen: durch Verpflichtungen, die einem dritten gegenüber begründet werden, kann zum bereits vorhandenen mittelbaren Besitz ein neuer mittelbarer Besitz hinzukommen, aber auch an dessen Stelle treten. Diese letztere Möglichkeit leitet über zur unmittelbaren Stellvertretung.

Wenn A dem B eine Sache übergiebt, ohne sich mittelbaren Besitz vorzubehalten, und B die Sache gar nicht für sich, sondern den C erwerben will, so wird unmittelbar in der Person des C mittelbarer Besitz hervorgerufen. A verkauft z. B. eine Sache und übergiebt sie dem B, aber für den C. Hier erwirbt B den Besitz. Aber er will die Sache ja nicht für sich behalten, er hat sie nur für den C angenommen. Er befindet sich dem C gegenüber in einem ähnlichen Verhältnisse, wie wenn er dessen Verwahrer wäre. Zugleich mit dem wirklichen Besitze des B entsteht in der Person des C mittelbarer Besitz.

Andererseits führen uns zu diesem Entstehungsgrunde des mittelbaren Besitzes mit Notwendigkeit die Grundsätze über die Stellvertretung: siehe unten § 24. Der Besitz kann durch Stellvertreter erworben werden. Solange das körperliche Verhältnis beim Vertreter gegeben, ist dieser wirklicher Besitzer. Also kann der Besitz des Vertretenen nur ein mittelbarer sein

Die Vollmacht kann einer Privatperson oder einem Beamten erteilt werden, z. B. einem Gerichtsvollzieher. Ein Gerichtsvollzieher, welcher eine Sache für den Gläubiger fortnimmt, verschafft diesem mittelbaren Besitz: C.P.O. § 883 Abs. 1.

Selbst wenn der Schuldner nur Zeitbesitzer war: Josef, Arch. für bürg. Recht, Bd. 15 S. 276.

Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, so beschränkt sich der Gerichtsvollzieher darauf, 'den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen': C.P.O. § 885 Abs. 1.

Vielleicht war der Schuldner gar nicht Besitzer des Ackerstückes, in dessen Besitz der Gläubiger vom Gerichtsvollzieher eingewiesen wurde. Dann braucht sich der dritte Besitzer die Besitzergreifung von Seiten des Eingewiesenen keineswegs gefallen zu lassen. Vgl. Entscheidungen des Königl. Obertribunals, Bd. 69 Nr. 6 S. 48 flg.; Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 21 S. 64.

Die Wegnahme einer beweglichen Sache kann geschehen zum Zwecke der Pfändung: C.P.O. § 808 Abs. 1. 'Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande': C.P.O. § 804 Abs. 1. Wir haben gesehen, daß dem Pfandschuldner als Eigentümer der mittelbare Besitz verbleibt: oben Nr. 4 S. 115. Dies Verhältnis erleidet dadurch keine Aenderung, daß der Gerichtsvollzieher den wirklichen Besitz erlangt. So steht denn dem mittelbaren Besitze des Pfandgläubigers ein mittelbarer Besitz des Eigentümers zur Seite. Nach Bartels bei Gruchot, Jahrg. 42 S. 672, hat der Pfandschuldner seinerseits den Besitz gänzlich eingebüßt, er ist nicht etwa nach der Pfändung noch mittelbarer Besitzer. Grund: es fehle jedes vertragsmäßige Band zwischen ihm und dem Gerichtsvollzieher. Ist das aber nötig?

Nach C.P.O. § 808 Abs. 2 sind andere Sachen als Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere im Gewahrsam des Schuldners zu belassen, sofern nicht hierdurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird. Die Pfändung muß dann durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise ersichtlich gemacht werden.

Fischer und Henle zu § 868 Anm. 2 behaupten, im Falle des § 808 ² C.P.O. wird der Gerichtsvollzieher mittelbarer Besitzer.' Das ist in dieser Allgemeinheit kaum

richtig. Es hängt vielmehr davon ab, in welcher Weise die Ersichtlichmachung erfolgte.

Werden z. B. Möbeln oder Waren in einen besondern Raum gestellt, dieser verschlossen und versiegelt, so ist der Gerichtsvollzieher der wirkliche Besitzer geworden. Wenn dagegen einzelne Sachen, z. B. ein Bild, das an der Wand hängt, umschnürt und die Enden der Schnur zusammengesiegelt werden, so muß man sagen: hier liegt ein Verhältnis vor, vermöge dessen der Schuldner dem Gerichtsvollzieher gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt bezw. verpflichtet ist; also erlangte der Gerichtsvollzieher nur mittelbaren Besitz.

Besondere Beachtung verdient C.P.O. § 810. 'Früchte, die von dem Boden noch nicht getrennt sind, können gepfändet werden.' Man wird in Gemäßheit von C.P.O. § 808 Abs. 2 verlangen müssen, daß die Pfändung in irgend einer Weise ersichtlich: etwa durch Einzäunung und Anschläge. Vgl. Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 283 S. 770. Ein bloßes Verbot, über die Früchte nicht zu verfügen, wäre schwerlich hinreichend. Der Besitz, welcher auf diese Weise entsteht, ist jedenfalls für den Gläubiger nur ein mittelbarer. Wirklicher Besitzer wird der Gerichtsvollzieher. Von welcher Beschaffenheit ist dessen Besitz? Ich glaube, derselbe erlangt zunächst nur Flächenbesitz, der Besitz an den Früchten entsteht nicht vor der Trennung. Siehe oben § 9 S. 69.

Freilich soll die Pfändung schon möglich sein, wenn eine Trennung noch nicht stattgefunden hat. Eine vertragsmäßige Pfändung ist ebenfalls möglich. Da aber nach B.G.B. § 94 die Erzeugnisse zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstückes gehören, ungetrennte Früchte demnach nur als künftige Sachen verpfändbar sind, entsteht das vertragsmäßige Pfandrecht erst mit der Trennung. Vgl. Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 266 S. 726. Hiervon soll das Pfändungspfand eine Ausnahme machen. Das Reichsgericht — Entsch. in Civilsachen, Bd. 18 S. 367 — drückt dies so aus: 'daß diese Früchte bezüglich der Zwangsvollstreckung, namentlich der Pfändung, als selbständige Sachen betrachtet und behandelt

werden'. In Wahrheit kann aber eine und dieselbe Sache nicht zugleich selbständig und unselbständig, gegenwärtig und künftig sein. Bezweckt ist, daß das Pfändungspfandrecht einen Vorrang vor dem vertragsmäßigen habe. Das wäre noch immer kein Grund, das Pfändungspfandrecht an den Früchten zu früh zur Welt zu bringen. Jedenfalls ist die Entstehungszeit des Pfandrechtes nicht ohne weiteres maßgebend für den Besitzerwerb.

Die Vollmacht kann beruhen auf einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder auf letztwilliger Verfügung. In letzterer Beziehung ist vor allen der Testamentsvollstrecker zu erwähnen. Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen: § 2205. Der Besitz der Erben ist ein nur mittelbarer.

Freilich soll nach § 857 der Besitz auf den Erben übergehen. Aber dieser Erbenbesitz hat jedenfalls einem Testamentsvollstrecker gegenüber nichts zu bedeuten. Der Testamentsvollstrecker ist sogar befugt, einen Erben, der nicht weichen will, an die Luft zu setzen: siehe unten § 41 Z. I. Der Besitzerwerb des Erben wird uns gleich im folgenden Paragraphen näher beschäftigen.

12. Amt.

Dem gewillkürten Stellvertreter reiht sich an der Beamte, welcher kraft seines Amtes zu Werke geht.

Der Besitz kann auf einem Amte beruhen und infolgedessen ebenfalls ein Rechtsverhältnis vorhanden sein, das jemand einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt bezw. verpflichtet.

a) Der Vormund.

In dieser Beziehung ist vor allen Dingen der Vormund zu nennen. Nicht als ob alle Sachen, die einem Mündel gehörten, vom Vormunde besessen würden. Dies scheint anzunehmen Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 14 Nr. 6 S. 49. Die Kleider, welche der Mündel trägt; die Bücher, welche

er mit zur Schule nimmt; das Pult, an dem er arbeitet; das Bett, in dem er schläft: alle diese Sachen besitzt der Mündel. Wohnt der Mündel in seinem eignen Hause, so ist er der Besitzer, nicht der Vormund. Aber wenn der Vormund Gelder seines Mündels gegen Hypothek belegt und die Hypothekenscheine in Verwahrung nimmt, so ist der Vormund Besitzer dieser Hypothekenscheine, während dem Mündel daran nur mittelbarer Besitz erworben wurde.

b) Der Pfleger.

Dem Vormunde steht nahe der Pfleger, der z. B. bestellt wurde, um das Vermögen eines Abwesenden zu verwalten: B.G.B. § 1911.

Ferner wäre zu nennen der Nachlaßpfleger: § 1960. Derselbe ist gesetzlicher Vertreter desjenigen, von dem sich herausstellt, daß er Erbe wird.

In beiden Fällen der Pflegschaft ist der mittelbare Besitz möglicherweise ein bloß bedingter. Es kann ja sein, daß der Abwesende längst verstorben, die Erbschaft von den zunächst Berufenen nicht angenommen wird.

Diese Bedingtheit tritt uns noch deutlicher entgegen im § 1912. Hiernach erhält eine Leibesfrucht zur Wahrung ihrer künftigen Rechte einen Pfleger. Der Pfleger kann die Erbschaft, welche er in Händen hat, an das Kind erst herausgeben, wenn dieses geboren. Kommt es tot zur Welt, so erwerben die sonstigen Erben den mittelbaren Besitz.

c) Der Konkursverwalter.

Der Konkursverwalter ist nicht einfacher Beauftragter der Gläubiger. Er nimmt eine öffentliche Stellung ein und hat nicht bloß die Interessen der Gläubiger, sondern ebenso gut die des Gemeinschuldners zu vertreten. Ihm ist zur Pflicht gemacht, von den zur Teilungsmasse gehörigen Sachen Besitz zu ergreifen: K.O. § 117.

Im gemeinen Rechte ist der Besitz des Konkursverwalters wohl beanstandet worden. Ein Erkenntnis, S.A., Bd. 5 Nr. 24,

spricht solchen Verwaltern Besitz ab, ohne daß indes dieser Gesichtspunkt folgerecht durchgeführt wäre.

Eigentum und Besitz gehen hier auseinander. Das Eigentum behält bis auf weiteres der Gemeinschuldner. Es heißt ausdrücklich K.O. § 6: 'mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten.'

Kommt es freilich zur vollständigen Versilberung und Verteilung der Masse, so hat damit das Eigentum des Gemeinschuldners ebenfalls seine Endschaft erreicht. Es müßte sich denn der seltene Fall zutragen, daß für den Gemeinschuldner noch etwas übrig bliebe. In Bezug auf diesen Rest wäre er weiterhin als Eigentümer zu betrachten.

Aehnlich liegt die Sache beim Zwangsvergleiche. Infolgedessen erlangt der Gemeinschuldner einen Anspruch auf Rückgabe seines Eigentums, soweit dasselbe noch vorhanden.

Wir haben hier vor allen Dingen die Frage zu beantworten: besteht neben dem Besitze des Konkursverwalters ein mittelbarer Besitz, und wem kommt dieser zu?

Sofern noch etwas übrig bleibt bei einer Verteilung, sowie wenn ein Zwangsvergleich abgeschlossen, werden wir den Gemeinschuldner in Bezug auf die noch in den Händen des Konkursverwalters befindlichen Sachen als mittelbaren Besitzer betrachten können. Sein mittelbarer Besitz erscheint demnach als ein bedingter: bedingt durch den Umstand, daß für ihn etwas nach bleibt. Darüber hinaus ist ihm ein mittelbarer Besitz nicht zuzubilligen, weil er darüber hinaus nichts zu fordern hat.

Im übrigen ist unter die Gläubiger zu verteilen, also könnten höchstens diese auf den mittelbaren Besitz Anspruch erheben.

Für einen mittelbaren Besitz der Gläubiger ließe sich vielleicht Folgendes geltend machen. Vertreter der Gläubiger sind: die in einer Gläubigerversammlung Beschließenden sowie der Gläubigerausschuß. Der Konkursverwalter hat in einem gewissen Umfange den Weisungen der Gläubigerversammlung

Folge zu leisten: K.O. § 132, § 134, § 162 Abs. 1. Der Gläubigerausschuß hat den Konkursverwalter einerseits zu überwachen: K.O. § 88, § 86 Abs. 1 S. 2; andererseits ihn bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen: K.O. § 88, § 133, § 134, § 150, § 159.

Aber nicht jeder, der Weisungen zu erteilen hat; nicht jeder, welcher eine überwachende Thätigkeit ausübt: ist darum schon mittelbarer Besitzer. Einer solchen Thätigkeit sind wir schon begegnet bei der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft und dem Aufsichtsrate, ohne daß ihnen um deswillen mittelbarer Besitz zugestanden werden könnte: siehe oben § 5 S. 54. Ebenso wie die Stellung eines Vorstandes der Aktiengesellschaft gegenüber ist die Stellung des Konkursverwalters den Gläubigern gegenüber eine viel zu selbständige, als daß den Gläubigern daneben mittelbarer Besitz einzuräumen wäre. Machen wir die Probe bei der Besitzentziehung. Als mittelbare Besitzer müßten die Gläubiger nach § 869 des B.G.B. Klage erheben können, wenn der Teilungsmasse Besitz entzogen wäre. Davon kann aber keine Rede sein. Zur Führung eines solchen Processes wäre nur der Konkursverwalter legitimiert, wenn er gleich die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen hat.

Im allgemeinen steht also dem Besitze des Konkursverwalters kein mittelbarer zur Seite. Andererseits ist es möglich, daß sein eigner Besitz zum mittelbaren wird, wenn er z. B. zur Masse gehörende Wertpapiere bei einer Bank hinterlegt. Würde solcher Verwalter seines Amtes entsetzt, so ginge dieser mittelbare Besitz auf den neubestellten Konkursverwalter über: Strohal, Sachbesitz, S. 98, 99. Sofern in einem solchen Falle in Gemäßheit von § 137 der K.O. die Quittung des Konkursverwalters von einem Mitgliede des Gläubigerausschusses mit zu unterzeichnen, haben wir hier sogar einen mittelbaren Besitz, an dem die Gläubiger mit teilnehmen.

d) Der gerichtliche Sequester.

Eine zwangsweise durchzuführende Sequestration kommt

vor bei der Zwangsvollstreckung: C.P.O. §§ 848, 855, Z.V.G. § 152; und als einstweilige Verfügung: C.P.O. § 938.

Im Falle des § 848 der C.P.O. ist bei Pfändung eines Anspruchs, welcher eine unbewegliche Sache betrifft, anzuordnen, daß die Sache an einen vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester herauszugeben sei. Ein Beispiel dieser Art S. A. Bd. 44 Nr. 243. Hier wurde auf Antrag einer Gläubigerin in das dem Schuldner an einem Colonate zustehende Nießbrauchsrecht die Zwangsvollstreckung in der Weise zur Ausführung gebracht, daß das Gericht den Sequester in den Besitz der dem Nießbrauch unterworfenen beweglichen wie unbeweglichen Sachen einwies, um zu verwalten und die Einkünfte zu erheben. Diesem Besitze zur Seite steht ein mittelbarer Besitz. Sobald die Gläubigerin befriedigt, kann der Nießbrauchsberechtigte Zurückgabe der dem Nießbrauche unterworfenen Sachen verlangen.

Ist ein Nießbraucher zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurteilt, so kann nach § 1052 des B.G.B. 'der Eigentümer statt der Sicherheitsleistung verlangen, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird'. Hier wird der Nießbraucher ebenfalls zum mittelbaren Besitzer. Leistet er nachträglich Sicherheit, so ist ihm der wirkliche Besitz wieder herauszugeben.

Es kann streitig werden, wie weit die Befugnisse eines solchen Sequesters bezw. desjenigen, der die Sequestration erwirkte, dem früheren Besitzer gegenüber reichen. In S. A. Bd. 40 Nr. 277 ist folgender Fall erörtert. Auf Betrieb eines Pfandgläubigers wurde das Haus eines Fleischers in Sequestration genommen. Während dieser Sequestration erschien eines Tages der Pfandgläubiger 'mit mehreren Leuten auf dem Grundstück und füllte drei Tage hindurch den Eiskeller mit gesalzenem Schnee und Eis, weil Tauwetter drohte und das Leerlassen des Kellers eine bedeutende Entwertung des Grundstücks bei dessen bevorstehender Subhastation zur Folge gehabt hätte'. Durfte der Fleischer sich solchem Vorgehen widersetzen?

Ich glaube, der Pfandgläubiger war zur Füllung des Eiskellers befugt.

13. Die mittelbare Stellvertretung.

Mehr Schwierigkeiten macht die mittelbare Stellvertretung. Zunächst haben wir freilich von derselben den mittelbaren Besitz fern zu halten. Gebe ich jemand einen Auftrag, für mich eine Sache zu kaufen, so werde ich durch Ausführung dieses Auftrages noch kein mittelbarer Besitzer, wenn der Beauftragte in eignem Namen kaufte und kaufen sollte. Ein Einkaufskommissionär verschafft dem Kommittenten durch Ausführung des Auftrags keinen mittelbaren Besitz. Derjenige, welcher die Sache verkaufte und übergab, wußte nichts bezw. brauchte nichts zu wissen von dem Auftragsverhältnis. Mithin übergab er die Sache an den Käufer gar nicht in der Absicht, daß dieser sie an einen andern herausgebe.

Andererseits ist zu bedenken, daß der Kommissionär für Rechnung eines Auftraggebers die Handelsgeschäfte abschließt. Das Eigentum, das der Einkaufskommissionär erwirbt, ist mehr ein formelles. Materiell gehört die Sache dem Auftraggeber, jedenfalls von dem Zeitpunkte an, wo der Einkaufskommissionär Deckung erhalten hat. Es ist bemerkenswert, daß Art. 367 des alten H.G.B. den Kommissionär einen 'Verwahrer' nennt, und der entsprechende § 390 des neuen H.G.B. den Ausdruck 'Verwahrung' gebraucht. Damit ist freilich der Kommissionär nicht zum Depositar geworden, wie Grünhut, Recht des Kommissionshandels, S. 216 richtig hervorhebt. Aber diese Bezeichnungen weisen darauf hin, daß wir den materiell Berechtigten anderswo zu suchen haben.

Soweit nun dieses materielle Recht sich Geltung verschafft und das formelle des Einkaufskommissionärs bei Seite schiebt, insonderheit sofern dasselbe gegen unbestimmte Dritte Wirkungen äußert, werden wir dem materiell Berechtigten den mittelbaren Besitz nicht absprechen dürfen. Dies tritt meines Erachtens ein, wenn über das Vermögen des Einkaufskommissionärs der Konkurs eröffnet wird. Der mittelbare Besitz entsteht dann

von Rechts wegen. Es giebt noch mehr Fälle dieser Art, von denen ich in einem andern Zusammenhange näher handeln werde. Siehe unten § 26.

Nach Bartels bei Gruchot, Jahrg. 42 S. 672, soll der mittelbare Besitz schon in dem Zeitpunkte entstehen, 'in welchem die spezialisierte Einkaufsanzeige, die dem Kommissionär pflichtgemäß obliegt, abgegeben ist, vorausgesetzt, daß sie dem Kommittenten zugeht, und zwar ohne vorherigen oder gleichzeitigen Widerruf zugeht'.

14. Geschäftsführung.

Wenn für einen Mündel ein Vormund, einen Abwesenden ein Pfleger bestellt wird, so fallen diese Handlungen unter den weiteren Gesichtspunkt der Geschäftsführung. Das Vormundschaftsgericht sorgt für das Vermögen des Mündels, des Abwesenden. Diese Fürsorge von Behörden macht sich auch in anderer Weise geltend. Es wird Vermögen vorläufig in Verwahrung genommen, weil man nicht weiß, wem es gehört: siehe unten Nr. 17 a. E.

Und wie Behörden können Privatpersonen die Geschäfte anderer führen und ungerufen für deren Vermögen Sorge tragen. Neben der gewöhnlichen Geschäftsführung wird ebenfalls mittelbarer Besitz anzunehmen sein.

Beispiele. Eine Dame, welche vor einem Schalter steht, um eine Fahrkarte zu lösen, wird ohnmächtig. Ein Reisegefährte nimmt das volle Portemonnaie, welches ihrer Hand entfällt, an sich. Dieser Reisegefährte wird Besitzer, während der Dame der mittelbare Besitz am Portemonnaie verbleibt. — Bei Feuersgefahr rettet jemand die Sachen seines abwesenden Freundes und nimmt sie an sich.

15. Finden.

Das Finden ist nichts anderes als ein besonderer Fall der Geschäftsführung. Der Finder beabsichtigt, die Sache an den Verlierer zurückzugeben. Insofern ist er Inhaber für andere: siehe oben § 13 S. 84; insofern ist Raum für den

mittelbaren Besitz vorhanden. Aber das Entstehen dieses mittelbaren Besitzes ist bedingt durch den Umstand, daß der Berechtigte ermittelt werde.

Alles dies gilt indessen nur von dem redlichen Finder. Der unredliche Finder beabsichtigt gar nicht, die Sache an den Verlierer zurückzugeben; ist insofern gar kein Inhaber für andere. Ein unredlicher Finder macht sich nach § 246 des St.G.B. der Unterschlagung schuldig. Hier entsteht so wenig mittelbarer Besitz wie im Falle eines Diebstahls.

Beim Finden eines Schatzes stoßen wir auf den Teilbesitz. Nach § 984 des B.G.B. wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur andern Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war. Ist der Entdecker zugleich derjenige, welcher die Sache in Besitz nahm, so ist er Sachbesitzer in Bezug auf die ganze Sache; neben diesem Sachbesitze des Entdeckers besteht ein mittelbarer Besitz des Eigentümers in Bezug auf die Hälfte. Hat ein dritter infolge der Entdeckung den Schatz in Besitz genommen, so ist dieser dritte der Sachbesitzer, dem zwei mittelbare Besitze des Entdeckers und des Eigentümers je zur Hälfte sich zugesellen.

Für den mittelbaren Besitz des Verlierers hat sich ausgesprochen: Wendt, Arch. für die civ. Pr., Bd. 87 S. 62 flg.; Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 20 S. 63; § 21 Nr. 3[a] S. 64. Dagegen erklärt sich Strohal, Sachbesitz nach dem B.G.B., in Ihering's Jahrb., Bd. 38 S. 22; Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 7 Anm. 15; F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3.4] § 32 S. 126.

Strohal meint, der von dem Finder erworbene Besitz könne nicht als ein vom Verlierer anvertrauter betrachtet werden. Indessen nichts nötigt uns, die Anvertrauung als ein wesentliches Erfordernis des mittelbaren Besitzes aufzustellen. Es genügt ein ähnliches Verhältnis wie Verwahrung. Und ist denn nicht jeder ehrliche Finder ein Verwahrer im weiteren Sinne? Schreiben wir dem Verlierer keinen mittelbaren Besitz zu, so dürfen wir auch im Falle einer sonstigen Geschäftsführung

keinen mittelbaren Besitz entstehen lassen, was doch seine großen Bedenken haben dürfte.

Sodann beruft sich Strohal auf § 180 des BGB., wonach bei einem einseitigen Rechtsgeschäft Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Hier scheint Verschiedenes mit einander verwechselt zu sein. Der Finder ist eine Art von Geschäftsführer. Jede Geschäftsführung setzt voraus Besorgung eines Geschäftes für einen andern: § 677 i. A. Das Geschäft kann sein ein Rechtsgeschäft oder ein thatsächliches. Ein thatsächliches Geschäft liegt vor, wenn jemand eine Mauer stützt, die sonst eingefallen wäre; ein Rechtsgeschäft, wenn jemand Hafer für die Pferde eines andern einkauft. Wohin gehört nun das Ansichnehmen einer verlorenen Sache? Ich sage: zu den thatsächlichen Geschäften. Die Geschäftsführung als solche ist allerdings eine Rechtshandlung. Aber diese Rechtshandlung wird hervorgerufen durch ein thatsächliches Geschäft. Ferner fehlt bei jedem Rechtsgeschäfte, das ein Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn abschließt, zunächst die Vertretungsmacht. Gegen diese Beweisführung Strohal's auch F. Endemann a. a. O.

Der mittelbare Besitz kann allerdings durch Stellvertreter erworben werden. Aber nicht jeder mittelbare Besitz entsteht auf diese Weise. Es ist auch möglich, daß der mittelbare Besitz unmittelbar durch Rechtssatz in die Erscheinung tritt. Es kommt alles an auf Beantwortung der Frage: was ist zu verstehen unter dem ähnlichen Verhältnisse des § 868. Genauer: es kommt alles darauf an, welche Auffassung den Bedürfnissen des Lebens am besten entspricht.

Nach Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 185 S. 64, 65 soll es möglich sein, daß eine Sache ausschließlich in Fremdbesitz stehe: 'z. B. wenn jemand eine ihm gehörige Sache weggeworfen und damit seinen Eigenbesitz an ihr eingebüßt hat, und nun ein ehrlicher Finder die Sache an sich nimmt, für verloren hält und für den angeblichen Verlierer, also als fremde Sache, behütet.'

Allein wie der mittelbare Besitz, so ist auch der Zeitbesitz

dadurch bedingt, daß der Berechtigte ermittelt werde. Wenn kein Berechtigter vorhanden, weil die Sache weggeworfen war, so ist der Finder sofort Dauerbesitzer, ohne sich freilich dessen bewußt zu sein. Es kann ja jemand Besitzer sein, der sich für einen Innehaber hält — siehe oben § 14 S. 89 — warum also auch nicht Dauerbesitzer, wer Zeitbesitzer zu sein glaubte?

16. Der gewillkürte Sequester bei Prozeßführung.

Die gewillkürte Sequestration bedarf vom Standpunkte des mittelbaren Besitzes noch einer nähern Betrachtung, da wir es hier mit einer Mehrheit von Hinterlegern zu thun haben. Der gewöhnlich behandelte Fall ist dieser. A und B hinterlegen eine Sache bei X, die derselbe an den herausgeben soll, welcher aus einem zwischen beiden anhängigen oder noch bevorstehenden Rechtsstreite als Sieger hervorgehen wird.

Die Lage der beiden Hinterleger ist offenbar eine verschiedene während des Rechtsstreites und nach dessen Beendigung.

Nach Beendigung des Rechtsstreites ist die Sache an den Sieger herauszugeben. So erscheint denn der mittelbare Besitz der einzelnen als ein bedingter, und zwar bedingt durch den Sieg in dem betreffenden Rechtsstreite.

Während der Dauer des Rechtsstreites kann aber der einzelne die Sache nicht zurückfordern. Soll X die Sache wieder herausgeben vor gefallener Entscheidung, so müssen sich beide zusammenthun. Es liegt ein unteilbarer Anspruch vor, auf den § 432 des B.G.B. Anwendung findet.

Das römische Recht bietet uns folgende zwei Aussprüche dar. Paul. fr. 6 Dep. 16, 3. Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur. Florentinus fr. 17 pr. ebendaselbst: hoc casu in solidum unusquisque uidetur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures doponunt Beide scheinen nur den Fall zu berücksichtigen, wenn die Sache durch Entscheidung zum Austrag

gelangt; ebenso pflegt man in der gemeinrechtlichen Litteratur den der Entscheidung voraufgehenden Zustand nicht weiter ins Auge zu fassen.

Die Lage der beiden Hinterleger während des Rechtsstreites ist eine ähnliche, wie wenn ein Hinterleger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt. Hiermit beschäftigen sich ein paar Stellen, die indes auseinandergehen. In fr. 1 § 36 Dep. 16, 3 wird dem einzelnen ein Anspruch auf die Sache gewährt, wenn er wegen seiner Miterben Sicherheit leistet. Ohne Sicherheit kann der einzelne nur verlangen, rem in aedem deponi. Die ganze Stelle ist interpoliert: Gradenwitz, Interpol., S. 13; Eisele, Ztschr. für Rtsgesch., Bd. 26 R.A. S. 125. Nach Gajus fr. 14 pr. Dep. 16, 3 kann der oder die Erben, welche die größere Hälfte der Erbschaft erhalten, die Forderung erheben. Hinzugefügt ist von späterer Hand cautela idonea reddenda: Kalb, Juristenlatein, S. 21; Eisele, a. a. O. S. 126. Pomponius fr. 81 § 1 de sol. 46, 3 will den Prätor angegangen wissen: optimum quidem esse, si praetor aditus iussisset me parti heredum eam lancem tradere. Außerdem ist er nicht abgeneigt, Befreiung anzunehmen, wenn der Verwahrer sine dolo malo handelte.

Im gemeinen Rechte greift hier ein die Streitfrage nach dem Umfange der exceptio plurium litis consortium. Ribbentrop, Correalobl., S. 184 hielt sie in Fällen dieser Art für begründet, indem er hinwies auf den großen Gegensatz zwischen römischer und heutiger Zwangsvollstreckung. Eine andere Auffassung vertreten: Wetzell, Civilproceß[3] S. 836; Ubbelohde, Unteilbare Obligationen, S. 282.

Nach dem B.G.B. § 432 kann der einzelne Gläubiger nur die Leistung an alle fordern. Durch Sicherheitsleistung ist es ihm nicht gestattet, eine Forderung an sich zu begründen. Verweigert einer der Mitgläubiger die Annahme, so ist der Ausweg gewählt: daß auf Verlangen des einzelnen Gläubigers der Schuldner die geschuldete Sache an öffentlicher Stelle für alle hinterlegt.

Der einzelne Gläubiger ist hiernach berechtigt, für seine

Mitgläubiger klagend aufzutreten. Würde er dagegen fordern, daß an ihn allein geleistet werde, so hätte der Schuldner allerdings die exceptio plurium litis consortium. Die C.P.O. § 59 spricht von einer notwendigen Streitgenossenschaft. Hat der Gläubiger, welcher eine Leistung an alle forderte, ein obsiegendes Urtheil davongetragen, so braucht der Schuldner nur zu zahlen, wenn alle Gläubiger zur Annahme und Quittungerteilung bereit sind. Der Schuldner sowohl, welcher verurteilt wurde, wie der, welcher freiwillig zur Zahlung bereit, hat noch immer eine Einrede, die ich die Einrede der Mitgläubigerschaft nennen will. Wenn nicht alle Gläubiger annehmen, kann der Schuldner nur angehalten werden, an öffentlicher Stelle die Sache für alle zu hinterlegen.

Die gewillkürte Sequestration zeigt uns zwei eigentümliche Fälle des mittelbaren Besitzes: einerseits ist der mittelbare Besitz des einzelnen von einer Bedingung abhängig gemacht, andererseits haben wir hier den unteilbaren Besitzesanspruch.

Wir betrachteten bisher den gewillkürten Sequester vom Standpunkte des Schulbeispieles aus, wonach die Hinterlegung durch mehrere erfolgt. Nun kann der Fall weiter so sich gestalten, daß nur der A hinterlegt, aber dabei vereinbart: die Sache an den Sieger, sei es A oder B, herauszugeben. Dann liegt vor ein Vertrag zu Gunsten Dritter. Siehe oben Z. 10 S. 42.

Dieser Vertrag zu Gunsten eines Dritten verschafft dem B einmal bedingten mittelbaren Besitz, nämlich für den Fall des Sieges. Sodann entsteht während der Dauer des Rechtsstreites auf diese Weise ebenfalls ein unteilbarer Besitzesanspruch in der Person des A wie des B.

17. Sonstige Fälle des unteilbaren mittelbaren Besitzes.

Vereinbarungen der zuletzt besprochenen Art kommen nicht bloß bei streitigen Sachen vor, sondern dienen auch zur Sicherung einer Eventualberechtigung. Nach § 2114 des B.G.B. kann der Vorerbe, welcher keine gemeinschaftliche Quittung beibringt, bei Einziehung einer Hypothekenforderung nur ver-

langen, daß das Kapital für ihn und die Nacherben hinterlegt wird. — Nach § 2116 hat der Vorerbe auf Verlangen des Nacherben Inhaberpapiere in der Weise zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur mit Zustimmung des Nacherben verlangt werden kann. — Nach § 1814 des B.G.B. hat der Vormund die zu dem Vermögen des Mündels gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen bei einer Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe der Papiere nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes verlangt werden kann. — Nach § 1392 Abs. 1 S. 1 hat unter Umständen der Mann die zum eingebrachten Gute gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe von dem Manne nur mit Zustimmung der Frau verlangt werden kann. — Nach § 2272 kann ein gemeinschaftliches Testament aus amtlicher Verwahrung nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden.

In gleicher Weise greift die Rechtsordnung unmittelbar ein, wenn sie K.O. § 137 vorschreibt: daß Quittungen des Verwalters über den Empfang von Geldern, Wertpapieren, Kostbarkeiten aus der Hinterlegungsstelle von einem Mitgliede des Gläubigerausschusses mit unterzeichnet sein müssen. Vgl. oben Z. 12 S. 149.

Zwei neben einander stehende Häuser, die zwei verschiedenen Familien gehörten, stürzten infolge Erdbebens eines auf das andere und begruben sämmtliche Bewohner, von denen kein einziger dem Tode entrann. Als man den Schutt und die Leichen wegräumte, fand man einen Betrag von gegen 200000 M., den vorläufig die Behörde in Verwahrung nahm. Hier tritt uns die Verwahrung als Geschäftsführung entgegen. Es war nicht zu ermitteln, aus welchem Hause die Summe stammte; und niemand vermochte über den Besitzer des Geldes Aufschluß zn geben. Wie stehen die Erben der zwei Familien der Behörde gegenüber da? Sie haben einen unteilbaren Besitzesanspruch. Kommen die Erben der einen Familie, so wird die Behörde antworten: wir wissen nicht, welcher Familie das Geld gehört hat. Vereinigen sich aber die beiderseitigen Erben, indem sie

erklären, die Sache unter sich ausmachen zu wollen, so wird sich die Behörde einer Auslieferung des Vermögens nicht widersetzen können.

18. Einfach bedingte Verhältnisse.

Es ist bisher die Frage nicht aufgeworfen: ob Besitzesübergabe unter aufschiebender Bedingung nach dem B.G.B. noch eine Möglichkeit? Die Besitzesübergabe kann geschehen unter der Voraussetzung, daß ein anderer erwirbt. Von dieser Voraussetzung sehe ich vor der Hand ab, sie wird uns unten § 34 Nr. 1 noch näher beschäftigen. Hier setze ich den Fall so, daß der eine übergiebt, der andere die Sache annimmt; der andere soll die Sache aber nur dauernd behalten, wenn eine Bedingung eintritt, sonst muß er sie wieder herausgeben. Bleibt hier während schwebender Bedingung dem Uebergebenden der Besitz erhalten?

Das römische Recht hat sich nach dieser Richtung entwickelt. Iulianus fr. 38 § 1 de adq. uel am poss. 41, 2. Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non uidetur possessio tradita, si fundus alienus sit. hoc amplius existimandum est possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur neque aliter accipientis fiunt, quam condicio exstiterit.

Zunächst handelt es sich nicht um eine eigentliche Bedingung, sondern um eine Voraussetzung. Es will jemand seinen Besitz unter der Voraussetzung übergeben haben, daß ihm das Eigentum am Grundstücke zustehe. Keine wirkliche Bedingnng, weil die Uebergabe des Besitzes nicht von einem künftigen ungewissen Ereignisse abhängig gemacht worden. Der Uebergebende weiß augenblicklich nur nicht, ob er Eigentümer des Grundstückes. Der Empfänger des Grundstückes befindet sich, solange die Unkenntnis dauert, in einem ähnlichen Zustande, wie ein Verwahrer. Entscheidet sich, daß der Uebergebende gar kein Eigentum hatte, so muß der Besitz vom

Empfänger wieder herausgegeben werden. Während dauernder Unkenntnis ist er hierzu nicht verpflichtet. Also wir haben ein Verhältnis vor uns, kraft dessen einer dem andern gegenüber jedenfalls binnen einer noch näher zu bestimmenden Zeit berechtigt bezw. verpflichtet ist, eine Sache zu behalten. Dieses Verhältnis ist ähnlich dem eines Verwahrers. Mithin ist nach dem B.G.B. der Empfänger als Besitzer zu betrachten, dagegen dem Uebergebenden nur mittelbarer Besitz unter der Voraussetzung zuzuschreiben, daß er nicht als Eigentümer des Grundstückes befunden wird.

Nach Julian soll Besitz nicht übergehen, also noch bei dem Uebergebenden verblieben sein, wenn sich herausstellt, daß das Grundstück ein fremdes. Hieran wird der Satz geknüpft, daß Besitz unter einer Bedingung übergeben werden könne. Es verhalte sich mit dem Besitze nicht anders als mit dem Eigentume, das auch erst beim Eintritte der Bedingung erworben sei.

Diese Gleichstellung von Besitz und Eigentum widerstrebt der Auffassung des B.G.B. So wenig wie im Falle der Unkenntnis dauert im Falle schwebender Bedingung der Besitz desjenigen fort, der die Sache einem andern übergehen hatte. Wenn A dem B eine Sache verkauft und übergiebt unter der Bedingung, daß X seine Zustimmung ertheile, so bleibt A vorläufig Eigentümer, während B dieses Eigentum mit Eintritt der Bedingung erwirbt: B.G.B. § 158 Abs. 1. Dagegen wird B mit Uebergabe der Sache sofort Besitzer, während A bei fehlschlagender Bedingung mittelbaren Besitz erlangt. Diesen mittelbaren Besitz mag man sich einstweilen als bedingten vorstellen.

In ähnlicher Weise wie bei einer aufschiebenden Bedingung gehen Besitz und Eigentum auseinander bei einer auflösenden. Wenn ausbedungen worden, daß bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises der Kauf als nicht geschlossen zu betrachten, so fällt das übertragene Eigentum bei Eintritt der auflösenden Bedingung an den Verkäufer zurück: B.G.B. § 158 Abs. 2. Dagegen bleibt der Käufer Besitzer, dem sich indes der mittelbare Besitz des Verkäufers zugesellt.

Nach Fischer-Henle [3] S. 359 Anm. 8 soll der nach § 854 Abs. 2 durch Einigung entstehende Besitz als bedingter möglich sein. Setzen wir folgenden Fall. Der Hund des A hat sich zum Z verlaufen. A ist also noch Besitzer geblieben, Z Innehaber geworden. Z wünscht den Hund zu erwerben, wenn seine Frau, die gerade verreist, damit einverstanden. Es wird der Hund von Z gekauft, unter der Bedingung, daß seiner Frau dies so recht, und einstweilen von ihm behalten. Ich sehe nicht ein, was mit der Künstelei des bedingten Besitzes gewonnen wäre. A und Z können sich dahin einigen, daß Z sofort Besitzer wird, d. h. unbedingter; sie können aber auch den Besitz des A und die bloße Innehabung des Z fortdauern lassen. Wird Z wirklicher Besitzer, so entsteht daneben ein bedingter mittelbarer Besitz des A, der ihm ausreichenden Schutz verleiht.

Bei der Sequestration beschäftigten uns zwei einander entgegengesetzte Bedingungen. Wenn der eine siegte, so war in seiner Person, wenn der andere siegte, in dessen Person der mittelbare Besitz begründet. In beiden Fällen hatte der Sequester den Besitz herauszugeben.

Bei den einfach-bedingten Verhältnissen, die wir zuletzt betrachteten, steht dagegen zur Frage: ob der Besitzer behalten oder herausgeben soll, ob sich seinem Besitze mittelbarer Besitz hinzugesellt oder nicht.

19. Der Nacherbe.

Der Anspruch des Nacherben ist teils ein bedingter, teils ein befristeter. Es wird angeordnet, daß der Erbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses die Erbschaft einem andern, dem Nacherben, herausgeben soll: §§ 2100, 2103, 2104 S. 1, 2105, 2106.

Der Vorerbe, welcher die Erbschaft an sich genommen, ist der wirkliche Besitzer. Daneben erlangt der Nacherbe mittelbaren Besitz, teils unbedingten, teils bedingten.

Dieser mittelbare Besitz kann für den Nacherben nach verschiedenen Richtungen hin von Bedeutung werden.

Verfügungen des Vorerben über Grundstücke, welche zur Erbschaft gehören, oder über Rechte an solchen Grundstücken sind unwirksam, sofern sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen: § 2113 Abs. 1. Ist also ein Grundstück zu billig verkauft, so kann der Nacherbe das verkaufte Grundstück dem Käufer wieder abfordern. Wird die Ausübung eines aufgegebenen Wegerechts nicht gestattet, so ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Besitzstörungsklage anzustellen.

Ferner kann sich der mittelbare Besitz Geltung verschaffen, sofern nach § 2113 Abs. 2, 3 unentgeltliche Verfügungen über einen Erbschaftsgegenstand dem Nacherben gegenüber unwirksam sind.

Dasselbe gilt von den Beeinträchtigungen, die dem Nacherben laut § 2115 im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter zugefügt werden sollten.

20. Das Zurückbehaltungsrecht.

Eine besondere Betrachtung erfordert das Zurückbehaltungsrecht. Dasselbe beruht entweder auf Rechtsgeschäft oder Rechtssatz. Ferner haben wir zu unterscheiden zwischen dem gewöhnlichen und dem kaufmännischen. Vom erstern handeln die §§ 273, 274 des B.G.B.; auf das letztere beziehen sich die §§ 369—372 des H.G.B.

Was zunächst das durch Rechtsgeschäft z. B. Vertrag begründete Zurückbehaltungsrecht anbetrifft, so kann es einem Zweifel wohl nicht unterliegen: daß wir uns den Zurückbehaltungsberechtigten im allgemeinen als Zeitbesitzer vorzustellen haben, dem in der Person des Hingebenden ein mittelbarer Besitzer zur Seite steht.

Beispiel: ein Schuldner übergiebt seinem Gläubiger einen Hypothekenschein, den er so lange zurückbehalten könne, bis er befriedigt. Vgl. dazu Urteil des Reichsgerichts in Seuffert's Archiv, Bd. 44 Nr. 156.

Das auf Rechtssatz, insonderheit Gesetz sich stützende Zurückbehaltungsrecht tritt uns namentlich bei Verwendungen ent-

gegen. Der Verleiher ist unter Umständen dem Entleiher zum Ersatz von Verwendungen verpflichtet, die der geliehenen Sache zu gute kamen: § 601 Abs. 2 S. 1. Dasselbe gilt vom Verpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber: § 1216 S. 1.

Das B.G.B. unterscheidet zwischen Aufwendung und Verwendung. Die Aufwendung ist der weitere Begriff, welcher die Verwendung in sich schließt. Verwendungen werden auf eine körperliche Sache gemacht, die Aufwendung begreift auch anderweitige Ausgaben. Ganz scharf scheint diese Unterscheidung freilich nicht durchgeführt zu sein. Die Aufwendungen im weitern Sinne gehören ebenfalls hierher: z. B. des Beauftragten, § 670; des Geschäftsführers, § 683; des Verwahrers, § 693.

Der Anspruch auf Verwendungen beschränkt sich nicht auf die persönlichen Schuldverhältnisse, sondern greift auch dinglichen Ansprüchen gegenüber Platz: §§ 994—1003.

Ein weiterer Anwendungsfall für das Zurückbehaltungsrecht: die Sache, zu deren Herausgabe jemand verpflichtet, hat Schaden verursacht. So hat der Hinterleger den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden unter Umständen zu ersetzen: § 694. Und wegen dieses Schadensanspruches wird das Zurückbehaltungsrecht gewährt: § 273 Abs. 2.

In diesen Fällen des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechtes ist der Berechtigte vielfach schon vor Entstehung bezw. Ausübung dieses Rechtes bloßer Zeitbesitzer gewesen. Dann dient das Zurückbehaltungsrecht dazu, diesen Zustand zu verlängern.

Wie aber, wenn der Berechtigte von Haus aus Dauerbesitzer war? Man denke an den gutgläubigen Besitzer der Eigentumsklage gegenüber. Ich glaube nicht, daß dieses Zurückbehaltungsrecht die Natur des Besitzes ändert. Ein gutgläubiger Besitzer, welcher wegen Verwendungen von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht, bleibt nach wie vor Dauerbesitzer.

Endlich ist möglich, daß sich ein Zurückbehaltungsrecht einer bloßen Innehabung zugesellt. Ist in Gemäßheit von § 867 eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im

Besitze eines andern befindliches Grundstück gelangt, so kann der Grundstücksbesitzer, wenn Schaden zu besorgen, die Aufsuchung und Wegschaffung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird. Also der Grundstücksbesitzer hat ein Zurückbehaltungsrecht. War der Schaden bereits verursacht, so steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht zu laut § 273 Abs. 2. Die Ausübung dieses Zurückbehaltungsrechtes macht ihn noch nicht zum Besitzer. So schon Pininsky, Sachbesitzerwerb, Bd. 2 S. 254 Anm. 1.

Demgemäß gelangen wir für das auf Gesetz beruhende Zurückbehaltungsrecht zu dem Satze: dasselbe ändert nichts an der Natur des jeweiligen Besitzes, nichts an der bloßen Innehabung.

II. Zusammenstellung.

Als Rechtsverhältnisse, neben welchen ein mittelbarer Besitz gegeben, sind im § 868 ausdrücklich genannt: Nießbrauch, Besitz des Pfandgläubigers, Pacht und Miete, Verwahrung.

Außerdem sollen alle ähnlichen Verhältnisse in Betracht kommen, vermöge deren jemand nur Zeitbesitzer: d. h. einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.

Als solche ähnliche Verhältnisse reihte ich dem Nießbrauche an: Wohnungsrecht sowie Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes bezw. der Eltern. Der Pacht und Miete: Erbbaurecht, Erbpacht, Mineralgewinnungsrecht, Kirchenstuhlsrecht, Recht auf Begräbnisplätze; ferner die Leihe. Dem Verwahrer stellte ich zur Seite: den Verkaufskommissionär, den Unternehmer, den Frachtführer, den Spediteur, den Schiffer.

Außerdem war ich bemüht, allgemeine Gesichtspunkte aufzusuchen. In dieser Beziehung beschäftigten mich: die Verträge zu Gunsten Dritter, die unmittelbare wie mittelbare Stellvertretung, das Amt.

Das Amt leitete über zur Geschäftsführung, dem sich anschließt das Finden.

Der mittelbare Besitz kommt nicht bloß unbedingt, sondern

auch als bedingter vor. Bei der gewillkürten Sequestration ist der mittelbare Besitz des einzelnen bedingt durch den Sieg in dem betreffenden Rechtsstreite. Hier stehen sich zwei einander entgegengesetzte Bedingungen gegenüber. Daneben giebt es einfach-bedingte Verhältnisse. Einen Hauptfall bietet dar die Nacherbschaft.

Der mittelbare Besitz mehrerer kann ein unteilbarer sein. Zum Ausgang für diese Fälle nahm ich die Lage zweier Streitender während des Rechtsstreites, welche die streitige Sache bei einem Dritten hinterlegt haben.

Eine eigne Bewandtnis hat es mit dem Zurückbehaltungsrechte. Wir haben zu unterscheiden, ob dasselbe auf Vertrag oder Gesetz beruht. Wohl nur das auf Vertrag beruhende begründet neuen mittelbaren Besitz.

III. Nähere Abgrenzung des mittelbaren Besitzes.

Der mittelbare Besitz ist jedenfalls ein Anspruch auf Herausgabe der Sache bezw. Zulassung zur Sache. Dabei wird vorausgesetzt eine spezielle Sache. Sind vertretbare Sachen in Gemäßheit von § 700 in der Art hinterlegt, daß der Verwahrer Sachen von gleicher Art zurückzugewähren hat, so bleibt kein mittelbarer Besitz übrig. Siehe oben Z. I, 8 S. 139. Dasselbe gilt von ähnlichen Fällen. Wenn der Absender eines Briefes wegen der Rückantwort eine Freimarke beilegt, so kann es ihm ziemlich einerlei sein, ob der Eigentümer des Briefes dem Antwortschreiben dieselbe oder eine andere Marke aufklebt. An der gesandten Briefmarke bleibt kein mittelbarer Besitz bestehen.

Aber nicht jedem derartigen Anspruche steht ein mittelbarer Besitz zur Seite. Denn sonst würde, wie Wendt, Archiv für die civ. Pr., Bd. 87 S. 45 richtig bemerkt, 'neben jedem Besitz einer fremden Sache auch noch der mittelbare Besitz des Eigentümers stehen'. Unter mittelbarem Besitz darf 'nicht überhaupt die rei uindicatio verstanden werden und auch nicht die restitutorische Besitzklage'. Es kommt alles auf das

zu Grunde liegende Verhältnis an; genauer: was haben wir unter dem ‘ähnlichen Verhältnisse’ des § 868 zu verstehen?

Dem mittelbaren Besitzer steht ein Zeitbesitzer gegenüber, der auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Sofern dieser auf Zeit zum Besitze berechtigt, birgt der mittelbare Besitzer einen befristeten Anspruch in sich. Sofern der wirkliche Besitzer auf Zeit zum Besitze verpflichtet, wird es sich meist so verhalten, daß der mittelbare Besitzer jeden Augenblick die Sache zurückfordern kann. Näheres schon oben § 2 S. 10.

Die ausdrücklich im § 868 genannten Beispiele gehen sämmtlich zurück auf ein Rechtsgeschäft, in Folge dessen Sachen übergeben wurden, deren Zurückgabe man unter gewissen Voraussetzungen erwartete. Und Rechtsgeschäfte dieser Art gehören jedenfalls hierher.

Es erfordert indes der mittelbare Besitz keine wirkliche Uebergabe, es genügt statt dessen die Besitzumwandlung, wie deutlich hervorgeht aus § 930. Der Banquier, welcher die gekauften Papiere in das Depot seines Kunden legt und ihn davon benachrichtigt, macht diesen ebenfalls zum mittelbaren Besitzer, obwohl derselbe die Papiere nie in Händen hatte: siehe oben § 12 S. 83.

Zu beachten ist jedoch, daß das Gesetz nicht von einem Rechtsgeschäfte, sondern einem ähnlichen Verhältnisse spricht. Dieser weitere Ausdruck umfaßt auch das Amt, kraft dessen jemand verpflichtet ist, eine erhaltene Sache zurückzugeben. Hierher gehören der Vormund und der Pfleger, der vom Gerichte bestellte Sequester, unter Umständen der Konkursverwalter. Sie alle nehmen eine dem Verwahrer zu vergleichende Stellung ein in Bezug auf ein fremdes Vermögen bezw. Vermögensbestandteile.

Die Uebernahme eines Amtes ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung. Ebenso ist die Geschäftsführung kein Rechtsgeschäft, sondern Rechtshandlung im engern Sinne: siehe oben § 15 S. 93. Der Geschäftsführer gehört jedenfalls insofern hierher, als er fremde Sachen in seine Verwahrung, seine Obhut nimmt.

So erhalten wir folgende Sätze. Rechtsgeschäfte, in Folge deren die Rückgabe hingegebener Sachen erwartet wird, begründen für denjenigen, an welchen zurückzugeben, mittelbaren Besitz. Eine solche Verpflichtung entsteht vor allen Dingen in der Person des Verwahrers. Im Begriffe der Verwahrung können wir füglich den Kern der Sache erblicken. Deshalb ist mittelbarer Besitz auch da anzunehmen, wo die Verwahrungspflicht durch Rechtshandlung im engern Sinne begründet wird.

Eine besondere Art von Verwahrer ist der gewillkürte Sequester. Hier haben wir einerseits einen mittelbaren Besitz unter entgegengesetzten Bedingungen, andererseits den unteilbaren Besitzanspruch. Bei den einfach bedingten Verhältnissen steht zur Frage: ob sich dem wirklichen Besitze mittelbarer hinzugeselle oder nicht.

Der Einkaufskommissionär verschafft dem Kommittenten durch Ausführung des Auftrags keinen mittelbaren Besitz. Ebenso steht jeder da, welcher auf eignen Namen für fremde Rechnung Geschäfte abschließt. Es kann indes hinterdrein durch Rechtssatz mittelbarer Besitz hervorgerufen werden, z. B. wenn über das Vermögen des Einkaufskommissionärs der Konkurs eröffnet wird.

Der mittelbare Besitz mehrerer ist möglich neben einander und hinter einander. Neben einander: zwei Mitbesitzer geben eine Sache in Verwahrung. Diesen Mitbesitz können wir uns dann wieder als teilbaren oder unteilbaren vorstellen. Hinter einander: A giebt eine Sache dem B, dieser dieselbe wieder dem C in Verwahrung.

Ferner kann mittelbarer und unmittelbarer Besitz in derselben Person zusammentreffen. A vermietet eine Nähmaschine dem B und nimmt sie von B auf kurze Zeit in Verwahrung. Hier ist A als Vermieter mittelbarer, als Verwahrer unmittelbarer Besitzer.

Kein Raum bleibt für den mittelbaren Besitz neben einem Verkäufer, der die Sache noch nicht übergeben; der Verkäufer müßte denn zum Verwahrer geworden sein, was durch Besitzumwandlung herbeigeführt werden kann. Dies gilt selbst dann,

wenn der Käufer vereinbarungsgemäß die Gefahr des Zufalles vor der Uebergabe tragen müßte; und wäre auch nicht anders, wenn das B.G.B. die Tragung der Gefahr nach den Grundsätzen des römischen Rechts geordnet hätte. Den Ausführungen, die sich nach dieser Richtung hin bei Wendt a. a. O. S. 63, 64 finden, stimme ich nicht zu.

Jedenfalls scheidet aus die unerlaubte Handlung. Bei heimlicher Besitzentziehung wird der bisherige Besitzer kein mittelbarer: siehe oben I, 15 S. 153. Durch Diebstahl, Unterschlagung u. s. w. wird kein ähnliches Verhältnis begründet.

Sodann kann von mittelbarem Besitze keine Rede sein, wo bloße Innehabung entsteht und der alte Besitz fortdauert. Das ist möglich bei der Leihe an Grundstücken wie von beweglichen Sachen. Ferner bei der Miete beweglicher Sachen. Der Gepäckträger ist nicht notwendig Besitzer der Sachen, welche von ihm getragen werden.

Endlich bleibt denkbar: bloße Innehabung, daneben Besitzanspruch, aber kein wirklicher Besitz. Das wäre ein dem mittelbaren Besitze zwar ähnliches, aber doch von demselben fern zu haltendes Verhältnis. Ein Beispiel wird sich uns gleich unten § 19 Nr. IV, 1 darbieten.

e) § 19. Besitzerwerb des Erben.

I. Die gesetzliche Vorschrift.

Ueber den Besitzerwerb des Erben sagt § 857: 'Der Besitz geht auf den Erben über.'

Man setze: der Erbe befinde sich beim Tode des Erblassers bereits im Sterbehause; andererseits: der Erbe weile beim Tode des Erblassers fern von dessen Wohnorte, der Erblasser wohnte vielleicht zu Jena, während der Erbe sich in Amerika aufhielt.

In beiden Fällen soll auf den Erben Besitz übergehen. Es leuchtet ein, daß Besitz beide Male etwas ganz Verschiedenes bedeutet. Weilt der Erbe bereits im Sterbehause, so haben

wir das körperliche Verhältnis, die thatsächliche Gewalt: also Besitz im Sinne der §§ 854, 855, 856; befindet sich der Erbe fern in Amerika, so ist die thatsächliche Gewalt noch erst zu erlangen.

In der Denkschrift S. 162 heißt es: 'Die im geltenden Rechte verschieden beantwortete Frage, ob der Besitz vererblich ist, d. h. ob der Erbe den Besitz des Erblassers überkommt, auch wenn er selbst die thatsächliche Gewalt über die Sache noch nicht erlangt hat, entscheidet der Entwurf (§ 841 = B.G.B. § 857) im Anschluß an die Auffassung des deutschen Rechtes im bejahenden Sinne.' Hiernach soll der Ausdruck 'Besitz' den Fall mit umfassen, wenn die thatsächliche Gewalt noch nicht erlangt ist. Damit ist nur der große Gegensatz nicht beseitigt, welcher zwischen den beiden Möglichkeiten besteht: der Erbe befindet sich bereits im Sterbehause, der Erbe weilt ferne in Amerika. Ein in Amerika weilender Erbe, dessen Erbschaft sich in Jena befindet, ist in Wahrheit kein Besitzer.

Cosack, Der Besitz des Erben, S. 13 bemerkt ganz richtig: das Gesetz kann durch gleiche Benennung nicht bewirken, daß verschiedene Thatumstände gleiche seien. — Um den Begriff des Besitzes klar zu stellen, wird von ihm folgendes Verfahren empfohlen. Man müsse bestimmt scheiden, welches thatsächliche Moment allen Besitzesfällen gemeinsam sei; ein einheitlicher Besitzesbegriff könne 'nur jenes allen concret bezeichneten Fällen Gemeinsame umfassen'. Gegen diesen allgemeinen Satz ist das Bedenken zu erheben: ob der Besitz überhaupt ein einheitlicher Begriff in diesem Sinne sei. Jedenfalls läßt sich ein solcher Satz nur unter der Voraussetzung anwenden, daß mit Besitz nicht Thatbestände bezeichnet werden, die sich gegenseitig ausschließen: denn dann fehlt der einheitliche Besitzesbegriff. — Nach Cosack a. a. O. S. 21 ist Besitz das thatsächliche Verhältnis einer Person zu einer bestimmten Sache, kraft dessen diese ihrer Herrschaft unterworfen werden kann. Das ist eine viel zu weite Fassung: Vac. poss., Bd. 1 S. 159. Andererseits wird der Hauptfall gar nicht getroffen, wenn eine Sache der Herrschaft einer Person bereits unterworfen ist. Denn was

meiner Herrschaft unterworfen ist, kann ihr nicht unterworfen werden. Was ich schon habe, kann ich nicht erst haben wollen. — Cosack hebt S. 22 weiter hervor: die Möglichkeit der Herrschaft brauche keine gegenwärtige zu sein, 'eine verlegte Sache wird fortbesessen'. Ist damit der einheitliche Besitzesbegriff nicht preisgegeben? Ich nenne freilich das körperliche Verhältnis, in welchem jemand zu einer verlegten Sache steht, ein gegenwärtiges; gebe aber bereitwillig zu, daß ein Besitz ohne gegenwärtiges körperliches Verhältnis fortdauern kann: siehe unten §§ 37, 38. Daraus folgt aber immer noch nicht, daß das körperliche Verhältnis, welches in der Person des Erblassers vorhanden war, sich als solches auf den Erben überträgt.

Die Denkschrift fährt fort: 'Nur durch die Anerkennung des deutschrechtlichen Grundsatzes wird eine einfache, den Bedürfnissen des Lebens und der Rechtssicherheit entsprechende Gestaltung des Besitzverhältnisses und des Besitzschutzes nach dem Tode des Besitzers erreicht.'

Mit dem deutschrechtlichen Grundsatze wird gemeint sein 'der Tote erbt den Lebendigen'. Wie derselbe zu verstehen, darüber weichen die Ansichten sehr von einander ab. Geht die Gewere unmittelbar auf die Erben über? Was bedeutet hier Gewere?

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 5 § 281: 'Die deutschen Rechtsquellen des Mittelalters sagen, daß der Erblasser die Gewere des Guts auf den Erben vererbe. Es ist bestritten, was hier Gewere bedeutet, ob den Besitz oder das Recht zu besitzen, das Recht sich in den Besitz zu setzen.' Es werden von Stobbe eine Reihe neuerer Schriftsteller für die eine und die andere Meinung vorgeführt. Aeltere sind erwähnt Seuffert's Archiv, Bd. 3 Nr. 348 = Entscheidungen des Königlichen Obertribunals 1850, Bd. 18 Nr. 1 S. 3 flg., Plenarbeschluß vom 7. November 1849. Nach Stobbe geht der Besitz nicht ohne weiteres auf den Erben über, sondern muß von ihm besonders ergriffen werden.

Behrend, Anevang und Erbengewere, S. 37, erklärt die Parömie 'der Tote erbt den Lebendigen' in folgender Weise:

'Erben bedeutet nicht "zum Erben oder Erbschaftsbesitzer machen", sondern "dem Lebenden den Besitz des Nachlasses eröffnen", m. a. W. ihn in die Rechtsstellung bringen, die ihm die Möglichkeit der Besitzergreifung gewährt.'

Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, S. 586 erläutert: 'wonach das Recht am Nachlaß, — nicht der Besitz der Erbschaftssachen — mit der eröffneten Delation ipso iure auf den Erben übergeht.'

Heusler wendet sich mit großer Entschiedenheit gegen diejenigen, welche von einem Uebergang der Gewere auf den Erben nichts wissen wollen: Gewere, S. 68 flg., 172 flg.; Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 2 S. 39 flg. S. 559 flg. Wenn man aber auch den unmittelbaren Uebergang der Gewere auf den Erben zugiebt, was folgt daraus für den Besitz? Heusler zieht heran den Erwerb der Gewere durch Auflassung. 'Wie hier der Veräußerer .. dem Erwerber die Nutzung frei macht, so wird bei Erbgang .. dem Erben die Nutzung geöffnet.' Aber die Auflassung als solche macht niemand zum Besitzer, in dessen Person nicht bereits das körperliche Verhältnis gegeben war. So würde denn die Analogie der Auflassung zu einer Verneinung des Besitzerwerbes durch Erbgang führen. — Behrend gegenüber wird geltend gemacht: 'für die in der Were bestorbenen Erben war eine Besitzergreifung jedenfalls nicht mehr nötig, denn sie saßen schon in bester Form im Besitz.' Dieser Einwand ist richtig, aber das Wesentliche beim Besitzerwerb ist gerade das Sitzen in der Were. — Daß eine Besitzergreifung des Erben durch Privatakt vorgekommen, vermag Heusler nicht in Abrede zu nehmen. Dieselbe soll sein 'nicht der Akt des Erwerbs der Gewere, sondern der Akt der Konstatierung der schon erlangten Gewere.' 'Wer .. in die Beklagtenstellung kommen wollte, mußte seine Gewere durch Besitzergreifnng konstatieren.' Wenn auf diese Weise Gewere und Besitzergreifung auseinander gehen, so ist mit der bloßen Gewere noch kein Besitz gegeben. — Heusler unterscheidet Gewere an Liegenschaften und Fahrnis. 'Fahrnis in Geweren haben' will sagen: 'unter seinem Gewahrsam, in seiner Gewalt

haben'. Siehe Institutionen, Bd. 2 S. 190. Wie reimt sich damit, daß die Fahrnisgewere auch auf den in der Ferne weilenden Erben ebenfalls übergeht? Dieser Widerspruch tritt noch deutlicher bei Lehmann hervor, der im allgemeinen Heusler folgt, in der Neubearbeitung des Stobbe'schen Handbuches, Bd. 2[3] S. 197 und 208. — 'Der wesentliche praktische Wert des ohne weiteres sich vollziehenden Uebergangs der Gewere des Erblassers auf den Erben lag', nach Heusler, 'darin, daß wenn ein Dritter nach dem Tode des Erblassers nicht etwa auf Grund von Erbansprüchen, sondern aus anderem Grunde eigenmächtig zugriff, und das Gut in seine Gewalt zog, der Erbe wegen Dejektion auf Wiederherstellung des früheren Besitzstandes klagen und dadurch den Usurpator in die Klägerrolle für den Hauptprozeß über das Recht am Gute nötigen konnte .. sowie darin, daß die vom Erblasser begonnene Jahresfrist der sog. rechten Gewere, ohne durch den Todesfall unterbrochen zu werden, für den Erben weiter lief.' Um solche Zwecke zu erreichen, hat man aber wahrlich nicht nötig, den Besitzesbegriff da anzubringen, wo er nicht hingehört. Insonderheit mag daran erinnert sein, daß das Quorum bonorum auch den pro possessore Besitzer zu treffen wußte: Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 3 S. 11 flg.

Diese Betrachtungen lassen es als höchst zweifelhaft erscheinen, ob mit dem § 857 des B.G.B. wirklich das erreicht worden, was erreicht werden sollte.

II. Das römische Recht.

Bevor ich an die Frage herantrete, was unter so bewandten Umständen mit dem § 857 des B.G.B. anzufangen, möchte ich zunächst einen kurzen Ueberblick bringen über die Entwicklung, welche in dieser Beziehung das römische Recht durchgemacht hat.

Ueber das Verhältnis des Vaters zu seinen Kindern in alter Zeit spricht sich Ihering, Besitzwille, S. 70, dahin aus: 'War er abwesend und hatte er sie im Hause zurückgelassen, so waren sie es, welche an seiner Stelle den Besitz behaupteten.

Nun stirbt er. Soll es da noch erst eines besonderen Aktes für sie bedürfen, um sich den Besitz anzueignen? Auf einen solchen Gedanken hätte nur ein spitzfindiger Jurist geraten können.'

Sicherlich hat Ihering mit seiner Behauptung Recht: daß der suus, welcher sich im Hause seines Vaters befand, mit dessen Ableben ohne weiteres Besitzer wurde. Er ist auf dem Grundstücke, die beweglichen Sachen sind in seiner Obhut: wer hätte ihm also den Besitz absprechen können? Nehmen wir dieses aber an, so haben wir den — von Ihering freilich nicht zugegebenen — Satz: der suus wird Besitzer lediglich durch das körperliche Verhältnis, ohne daß Aeußerung eines besondern Besitzwillens erforderlich ist. Aus diesem Satze hat sich nach meinem Dafürhalten erst der andere entwickelt: daß die sui stets ipso iure Erben sind. Denn wenn sie ohne weiteres Besitzer waren, hätte man ihnen da wohl die Erbschaft absprechen und den Erbschaftserwerb in eine andere Zeit verlegen können?

Ihering hilft sich in folgender Weise. Er beruft sich S. 68 darauf, 'daß die sui sich bereits thatsächlich im Mitbesitz (in possessione esse) der Sachen befanden.' S. 69: 'es wäre sinnlos gewesen, vom suus einen besondern Akt zu verlangen, um das zu konstatieren, was sich von selber verstand, daß er fortan statt zu detinieren besitzen wolle.'

Damit erhalten wir aber noch immer nicht das Willensmerkmal, das nach Ihering für jeden Besitzerwerb unumgänglich notwendig. Denn der thatsächliche Mitbesitz bei Lebzeiten des Vaters, aus dem sich nach dessen Tode von selber der Besitz entwickeln soll, muß doch schon von der Geburt an bei den Kindern vorhanden gewesen, also ohne Willenserklärung erworben sein. Verstand sich andererseits der Besitz der Kinder beim Tode des Vaters von selber, so war es ein kraft Rechtens eintretender Besitzerwerb, wo es auf den Willen der Erben nicht weiter ankam. Statt 'besitzen wolle' hätte Ihering sagen müssen: besitzen solle.

Der suus heres war im alten Rom der einzige Erbe, der extraneus heres ist ein späterer Anbau. Wer keinen leiblichen suus hatte und gleichwohl über das Erbrecht Bestimmung treffen wollte, mußte sich in alter Zeit der Arrogation bedienen, d. h. sich einen künstlichen suus schaffen. Daher die einstmalige hohe Bedeutung dieses Rechtsgeschäfts. Auf eine nähere Ausführung dieser Gedanken muß ich hier verzichten. Sind sie richtig, so galt auch einmal im alten Rom uneingeschränkt der Satz: der Tote erbt den Lebendigen. Wir werden hier ein arisches Rechtsgebilde vor uns haben, bei dem sich das altdeutsche Recht beruhigte, nicht aber das römische.

Ich wende mich jetzt zum heres extraneus. Die Form der cretio wird uns für testamentarische Erben bei Gai. 2, 166 dahin angegeben: quod me P. Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque. Das adire ist für die alte Zeit in seiner ursprünglichen Bedeutung zu nehmen. Darnach mußte sich also der Erbe zu den hinterlassenen Sachen begeben und hier, z. B. auf dem hinterlassenen Grundstücke, die betreffenden Worte sprechen. Die cretio war demnach eine formelle Handlung im doppelten Sinne: Hinzutreten zur Erbschaft und Sprechen bestimmter Worte.

Die bonorum possessio mag auch einmal im Sterbehause erteilt sein. Auf einen Zusammenhang zwischen cretio und bonorum possessio weist hin interpretatio zu c. 1 C. Th. de cretione uel b. p. 4, 1; vgl. Sohm, Institutionen[8. 9] § 110 S. 494 flg. Ich will diesen Gedanken nicht weiter verfolgen. Später ist diese Handlung vom Sterbehause nach dem Forum verlegt worden. Damit hat sich die Sachlage vollständig verändert. Die Erteilung der bonorum possessio macht den Erben nicht zum Besitzer, denn sie wird ja gar nicht in Gegenwart der Erbschaft vorgenommen. Vielmehr muß der Erbe, um an den einzelnen Sachen Besitz zu erlangen, diesen Besitz besonders ergreifen. Vielleicht ist ein Gegner vorhanden, der nicht weichen will. Dann steht der Prätor dem Erben mit dem Quorum bonorum, einem interdictum adipiscendae possessionis, zur Seite.

So erhalten wir einen Gegensatz zwischen hereditas und bonorum possessio: der heres, einerlei ob suus oder extraneus, ist als solcher Besitzer; der bonorum possessor hat besondere Besitzhandlungen vorzunehmen.

Die Entwicklung auf dem Gebiete des prätorischen Rechtes schärft das Auge der Rechtsgelehrten auch für die hereditas. Der suus ist ohne weiteres Besitzer, wenn er im Sterbehause. Wie aber, wenn er beim Ableben des Vaters in der Ferne weilte? Oder wenn nicht alle Sachen des Vaters sich im Sterbehause befanden? Also Erbesein und Besitzersein können doch auseinandergehen.

Neben das cernere tritt das pro herede gerere. Ulp. 22, 25. Extraneus heres, si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres: si uero sine cretione, pro herede gerendo. Ein pro herede gerere ist schon der formlos erklärte Wille. § 7 de her. qual. 2, 19: pro herede autem gerere quis uidetur . . si uoluntatem suam declaret uel re uel uerbis de adeunda hereditate. Man darf im Sinne der Römer den formlos erklärten Willen nicht als drittes Glied neben cretio und pro herede gerere hinstellen. Bei Gai. 2, 167 heißt es: potest autem cernendo aut pro herede gerendo uel etiam nuda uoluntate suscipiendae hereditatis heres fieri. Es verdient Beachtung, daß die nuda uoluntas mit uel dem pro herede gerere angefügt worden, während dieses vom cernere durch aut getrennt wird. Eine formlose Willenserklärung konnte fern von der Erbschaft erfolgen. Somit haben wir bei der Erbschaftsantretung ebenfalls ein Auseinandergehen von Erbewerden und Besitzerwerden.

Schon bei der alten cretio war im Augenblicke, wo der Erblasser gestorben, nicht gleich ein Erbe da. Wie dachte man über den Besitz während ruhender Erbschaft? In dieser Beziehung ist uns ein äußerst interessanter Brief des Cicero an Trebatius Testa erhalten: ad fam. 7, 22.

Cicero hatte beim Becher Wein dem Trebatius gegenüber es als eine Streitfrage hingestellt: ob der Erbe wegen eines vorher verübten Diebstahles mit der furti actio klagen könne.

Dieses Vorher läßt sich nur beziehen auf die Zeit vor der Erbschaftsantretung und wird andererseits durch den Tod des Erblassers begrenzt, da eine in dessen Person begründete furti actio auf die Erben übergegangen wäre. Trebatius spottet darüber. Es ist zwar schon spät, als Cicero nach Hause kommt, er hat auch dem Weine ganz gut zugesprochen: gleichwohl sucht er nach und findet richtig das Kapitel, welches ihm vorschwebte. Nicht weniger als drei Koryphäen der Wissenschaft, nämlich Sex. Aelius, M' Manilius, M. Brutus hatten ein furtum während ruhender Erbschaft zugelassen und dem Erben deshalb die furti actio zugestanden. Entnommen sein wird dieses Kapitel den achtzehn Büchern des Q. Mucius Scaeuola — vgl. Mommsen Symbolae Bethm.-Hollwegio oblatae pag. 93 — der freilich dieselbe Ansicht vertrat, wie Trebatius, und dem auch Cicero zustimmt.

Huschke, Zeitschr. für gesch. Rtsw., Bd. 14 S. 190, 191, und Leist, Forts. von Glück, Bd. 1 S. 244, vermögen sich nicht vorzustellen, daß der Satz 'hereditariae rei furtum fieri non posse' jemals bestritten worden. Allein die Ausdrucksweise bei Cicero ist zu bestimmt, als daß sie zu Zweifeln irgend welchen Raum darböte. Es heißt hier: possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere . . quod tu neminem sensisse dicebas, Sex. Aelium, M' Manilium, M. Brutum sensisse. Es handelt sich also nur um eine Erklärung. Haben vielleicht jene drei Koryphäen Besitzesfortdauer während ruhender Erbschaft angenommen? Oder die Besitzentziehung für kein notwendiges Merkmal des furtum gehalten? Ich möchte eher glauben, daß sie gar nicht scharf darüber nachdachten. Es ist eine Sache fortgenommen, allerdings vor der Erbschaftsantretung; gleichwohl schien es ihnen zweckmäßig, dem Erben die furti actio zu gewähren.

Bemerkenswert ist ferner, daß das Edikt Si is qui testamento liber esse iussus erit fr. 1 § 1 D. 47, 4 unter anderm damit begründet wird: neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominaue non possunt habere furti actionem cum

seruo suo. Also an sich war ein hereditati furtum facere möglich. Wir dürfen nicht jegliche theoretische Bedenken schon in die alte Zeit hineinverlegen. Den späteren scharfen Begriffen ging einmal ein Zustand der Unklarheit vorauf. Trotzdem, oder vielleicht weil man nicht so scharf sah, wußte man sich um so eher helfen.

Als die während ruhender Erbschaft vorhandene Zwischenzeit der Wissenschaft mehr zum Bewußtsein gekommen war, entstanden namentlich für die Ersitzung Schwierigkeiten, deren man indessen schließlich Herr wurde. Dies wird wohl so ausgedrückt: der Ersitzungsbesitz leidet durch den Tod des Besitzers keine Unterbrechung. Vgl. Bekker, Recht des Besitzes, S. 289; Windscheid, Pand., Bd. 1[7] § 181 A. 9; Strohal, Succession, S. 230; mich selber Vac. poss., Bd. 1 S. 47. Richtiger Köppen, Lehrbuch des röm. Erbrechts, S. 53. 'Eine vom Erblasser begonnene Ersitzung erleidet durch seinen Tod, obwohl sein Besitz untergeht, keine Unterbrechung.' Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 3 Nr. 348 = Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 18 Nr. 1 S. 10. Die Ersitzung macht sich hier vom Besitze los und läuft fort trotz Besitzverlustes.

Ein besitzloser Zustand ist gegeben, solange kein Erbe sich angefunden, aber auch mit dem Erben wird die Besitzlosigkeit nicht sofort gehoben, es bedarf einer Besitzergreifung. Wie haben wir uns dieselbe vorzustellen? Jauolenus fr. 23 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2 begnügt sich mit possessio . . naturaliter comprehensa, also Herstellung des körperlichen Verhältnisses. Ulp. Scaeuola fr. 1 § 15 Si is qui test. 47, 4 anlangend solche possessio bemerken: quae facti est et animi. Nach Paulus fr. 30 § 5 de adq. uel am. poss. 41, 2 ist der Wille nicht ausreichend, also doch erforderlich. Nun ist in der Erbschaftsantretung schon eine Willenserklärung enthalten. Bedarf es in Bezug auf die einzelnen Sachen außerdem besonderer Willenserklärungen? Nach Javolen entschieden nicht. Daß Ulpian, Scävola, Paulus anderer Meinung waren, ist aus den betreffenden Stellen jedenfalls nicht zu ersehen. Bekker, Recht des Besitzes, S. 295, lehrt dagegen: 'Besitz-

ergreifung fordert Kenntnis des Zuergreifenden; der Erbe wird also keines Stückes aus der Erbschaft Besitzer, bevor er Kenntnis desselben erlangt hat.' Einem Erben sei eine Villa mit allem, was darin, zugefallen. Als er schon einige Tage dort wohnte, wird der Silberschrank von Dieben erbrochen. Der Erbe weiß gar nicht genau, was der Schrank barg. Soll der Erbe noch kein Besitzer der gestohlenen Silbersachen gewesen sein? Das wäre eine Pedanterie, vor der einem angst und bange werden könnte.

Sehr verständig schreibt vor A.L.R. Tl. I Tit. 7 § 49: 'Wer jedoch einem andern in einem Inbegriff von Sachen oder Rechten nachfolgt, der bedarf keiner Besitzergreifung in Ansehung der einzelnen unter dem Inbegriff enthaltenen Sachen und Rechte.'

Wie verhält es sich in dem Falle, wenn zur Zeit des Todes ein Dritter eine Erbschaftssache als Detentor innehatte? Beispiel: ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück ist verpachtet. Paulus in der angeführten Stelle verlangt auch hier, daß in der Person des Erben das körperliche Verhältnis hergestellt werde. Der Erbe mußte sich also zum Pächter begeben und auf dem Grundstücke die Besitzerwerbung vornehmen.

Cic. pro Caecina 32 § 94 vertritt eine andere Auffassung. Darnach ist der Erbe mit demselben Rechte Besitzer wie der Erblasser, weil der Pächter als solcher auf dem Grundstücke bleibt: cum idem ex eadem conductione fuerit in fundo, dubium est quin . . post eius mortem heres eodem iure possederit? Cicero betrachtet also den Fall vom Standpunkte einer Detentionsumwandlung: der Pächter, welcher bis dahin für den Erblasser, hat nunmehr für den Erben inne.

Die Entwicklung, die sich im römischen Rechte vollzog, kann man in folgende Sätze fassen. Loslösung des Besitzes von der Ersitzung. Nichtübergang des Besitzes auf den Erben als solchen, dafür aber Besitzanspruch. Im Falle einer Erbschaftsantretung genügt zum Besitzerwerbe die Herstellung des körperlichen Verhältnisses. Beim suus war jedenfalls in alter Zeit die Aeußerung eines Besitzwillens gar nicht erforderlich.

III. Die Ansicht von Strohal.

Strohal ist für die Succession in den Besitz eingetreten. Er hat diesem Gegenstande ein eignes Buch gewidmet. Nach dem B.G.B. soll die Möglichkeit derivativen Besitzerwerbs außer allem Zweifel stehen. Mit Strohal einverstanden Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 187 S. 71 flg. Strohal verzeichnet in seinem Sachbesitz S. 59 folgende drei Fälle:

1) die Bestimmung des § 857;

2) die Vorschrift des § 870, wonach der mittelbare Besitz dadurch auf einen andern übertragen werden kann, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe abgetreten wird;

3) die im § 854 erfolgende Gegenüberstellung von Besitzbegründung und konsensualer Ueberlassung bereits begründeten Besitzes.

Was zunächst den § 854 anbetrifft, so beschränkt sich die Einigung im Abs. 2 auf solche Fälle, wo der Erwerber bereits in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben. Siehe oben § 17 S. 108. Es wird bloße Innehabung in Besitz umgewandelt: siehe darüber unten § 29. Daß ein Anspruch auf eine Sache, die jemand nicht in seiner Obhut hat — denn so verhält es sich beim mittelbaren Besitze — abgetreten werden kann, beweist nichts für den wirklichen Besitz. Siehe wegen des § 870 oben § 2 S. 13. Mithin bliebe nur der § 857.

Den Successionsvorgang beim Erben versucht Strohal a. a. O. S. 63 uns durch folgendes Beispiel einleuchtend zu machen. 'Der Besitzer einer Villa sperrt dieselbe ab und unternimmt eine längere Reise, auf welcher er den Schlüssel zur Villa verliert. Ist er trotzdem Besitzer der Villa und der darin befindlichen Sachen geblieben? Zweifellos. Der Besitzer stirbt auf der Reise, und sein Besitz geht auf den Erben über. Offenbar hat die besitzrechtliche Zugehörigkeit der Villa nebst den in derselben befindlichen Sachen dadurch, daß sie jetzt dem Erben zu Statten kommt, von der Thatsächlichkeit, die ihr früher zukam, nicht das Mindeste eingebüßt.'

Nicht das Mindeste. Ganz richtig. Nur schade, daß beim Besitzer der Villa, als er starb, überhaupt keine Thatsächlich-

keit vorhanden war. Ich werde derartige Beispiele unten bei der Besitzfortdauer — §§ 37, 38 — näher besprechen. Die Möglichkeit der körperlichen Besitzausübung reicht hin für die Fortdauer, nicht für den Erwerb. Sodann ist Besitzfortdauer kein einheitlicher Begriff, sondern birgt in sich eine ganze Reihe von Möglichkeiten. Insonderheit wird der Besitz an einem Grundstück erhalten, wenn wir nicht in der Absicht fortgehen, ihn zu verlieren.

Was folgt ferner aus solchen Beispielen, wo der Besitzbegriff als ein gedehnter erscheint, für den Hauptfall? Der Erblasser stirbt auf seiner Villa in Thüringen. Geht dieses körperliche Verhältnis, welches zwischen Erblasser und Villa bis zu seinem Tode bestand, mit dessen Ableben auf den in Amerika weilenden Erben über?

Strohal setzt als weitere Möglichkeit, daß der Erblasser nicht gestorben. Dann 'hätte er bei seiner Rückkunft von der Reise die Villa, ohne beachtlichen Widerstand besorgen zu müssen, aufschließen lassen und die Gewalt über dieselbe neuerdings ausüben können'. Neuerdings: während der Abwesenheit war diese Gewalt also nicht vorhanden. Was wir in diesem Falle Besitzfortdauer nennen, ist in Wahrheit ein Dreifaches: körperliche Ausübung des Besitzes vor der Reise, Nichtausübung des Besitzes während der Reise, körperliche Ausübung des Besitzes nach der Reise. Indem wir nun den Besitz während der Reise fortdauern lassen und von einer Besitzfortdauer sprechen, legen wir eine Einheitlichkeit in die Dinge hinein, die lediglich in unserer Vorstellung vorhanden, mit den Dingen selber in Widerspruch steht.

Strohal wendet sich wieder zum Erben: 'Ganz dasselbe kann jetzt der Erbe, und bei solchem Vorgehen stößt auch er — vorausgesetzt, daß die Villa nicht inzwischen von einem andern in Besitz genommen worden ist — nicht auf fremden Besitz'. D. h. er stößt auf einen Besitz, der früher dem Erblasser gehörte. Das ist eine Thatsache, aus der noch nicht das Mindeste folgt für einen Uebergang des Besitzes vom Erblasser auf den Erben. Dies giebt Strohal ausdrücklich zu.

'Dadurch aber, daß zu dieser Möglichkeit noch die ihre Verwirklichung sichernden Verbote und Verheißungen der Rechtsordnung hinzukommen, ergiebt sich für den Erben in Betreff der Villa und dessen, was darin ist, ein Zugehörigkeitsverhältnis von völlig derselben Beschaffenheit und Stärke, wie das zu Gunsten des Erblassers vorher vorhanden gewesene.' Dies muß ich entschieden bestreiten. Ein Erblasser kehrt in früheren Besitz zurück, ein Erbe erwirbt neuen Besitz. Und was die Verbote und Verheißungen der Rechtsordnung anbetrifft, so kann eine Rechtsordnung, genau genommen, weiter nichts thun, als daß sie mit ihren Imperativen eingreift: wenn die Sache so liegt, dann soll der und der Schutz eintreten. Ob nun der Schutz, den der Erbe wegen Besitzes seines Erblassers genießt, verglichen mit dem Schutze, wie er dem Erblasser gewährt wird, als ein Successionsverhältnis aufzufassen, das ist eine Frage des Systems, eine lediglich wissenschaftliche Frage, die durch kein Machtwort geschlichtet werden kann: ein Nichtseiendes läßt sich durch keinen Gesetzgeber in ein Seiendes verwandeln. Es ist noch erst zu prüfen, ob das B.G.B. für das, was erreicht werden sollte, den richtigen Ausdruck traf, wenn es den Besitz ausnahmslos auf den Erben übergehen läßt.

Die Vorschrift des § 857 lautet ganz allgemein. Den mittelbaren Besitz werden wir um so weniger zurückstellen wollen, als sich hier die Anwendbarkeit gleichsam von selber macht, da der mittelbare Besitz hauptsächlich ein Besitzanspruch. Den Stein des Anstoßes bildet gerade der wirkliche Besitz.

Die Vorschrift lautet so allgemein, daß sie keine Ausnahmen zu dulden scheint. So weit geht indes selbst Strohal nicht. Er glaubt, S. 97, daß sich diese Ausnahmelosigkeit mit Rücksicht auf andere Bestimmungen des Gesetzes nicht halten lasse.

Ist ein Gesellschafter gestorben, so kann die Gesellschaft trotzdem fortbestehen. In diesem Falle wächst der Mitbesitz des verstorbenen Gesellschafters nach § 738 den übrigen Gesellschaftern an, er geht nicht auf die Erben über.

Der Besitz des Konkursverwalters an den zur Masse gehörenden Sachen kann von der Beschaffenheit sein, daß die Erben ihn sofort erlangen. So, wenn es sich um Gelder oder sonstige Wertsachen handelt, die der Konkursverwalter unter Verschluß hatte. Ein Uebergehen auf die Erben ist das freilich auch nicht. Das körperliche Verhältnis in der Person des Konkursverwalters ist mit dessen Tode erloschen, aber sofort in der Person der Erben wieder neu entstanden. Wenn dagegen ein Konkursverwalter bei einer Bank Wertpapiere hinterlegte, so geht dieser mittelbare Besitz nicht auf die Erben über. Vgl. oben § 18 Nr. I, 12c S. 149.

Der Erblasser ist in einer Gletscherspalte versunken, die auf die Aufsuchung der Leiche verwendeten Bemühungen sind erfolglos geblieben. Ist der Erbe des Verunglückten als Besitzer derjenigen Sachen anzusehen, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes an sich trug? Strohal verneint diese Frage.

Demnach wäre das Entscheidende die Möglichkeit, zur Sache zu gelangen. Unter dieser Voraussetzung müßte man aber in noch andern Fällen den Besitzübergang auf den Erben ausschließen. Jemand, der ein Messer im Walde liegen ließ und genau die Stelle weiß, wird von Jägern verwundet und stirbt nach einigen Stunden. In solchen Fällen dauert der Besitz Lebender zunächst fort, weil vorübergehendes Aufhören der Obhut zum Besitzverluste nicht ausreicht: siehe unten § 33 Nr. 2a. Geht dieser Besitz auf den Erben über? Derselbe weiß gar nichts vom Verluste des Messers. Wenn Strohal in dem von ihm gesetzten Beispiele den Besitzübergang verneinte, so muß er es auch hier thun. Denn der Erbe hatte niemals die Sache in seiner Obhut gehabt und hat solche Obhut auch nie erlangt.

Strohal wendet sich zum Erben, der zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugt, aber noch nicht geboren war. Ein solcher Erbe, wenn später geboren, soll rückwärts schon vom Zeitpunkte des Erbfalls an als Erbe und somit als Besitzer gelten. Soll

gelten: d. h. wird so angesehen, denn in Wirklichkeit ist ein Rückwärtsbesitz doch ein Ding der Unmöglichkeit. Strohal beruft sich auf § 1923 Abs. 2: 'Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren.' Das ist die Sprache der Fiktion, die nicht im Stande, die Wirklichkeit umzugestalten. Der voraufgehende Abs. 1 lautet: 'Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalles lebt.' Dieser Abs. 1 wird durch Abs. 2, genau genommen, wieder aufgehoben. Der Inhalt des ganzen Paragraphen ist: Erbe kann werden, wer zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugt war, wenn er auch noch nicht lebte. Muß auf einen solchen Erben noch gewartet werden, so haben wir in Wahrheit eine ruhende Erbschaft, die sich durch solche Fiktionen nicht beseitigen läßt. Der gewöhnliche Verlauf ist der, daß ein Nachlaßpfleger bestellt wird: vgl. §§ 1912, 1960. Ein solcher Pfleger nimmt dann den Nachlaß in Besitz. Daneben erlangt der Erbe mit der Geburt nur mittelbaren Besitz. Vor der Geburt ist dieser mittelbare Besitz ein bedingter. Siehe oben § 18 Nr. I, 12 S. 147.

Strohal reiht Fälle an, wo der mit dem Erbfall sich vollziehende Erwerb der Erbschaft wegen später eintretender Umstände als gar nicht erfolgt gelte. Der Erbe schlägt aus, § 1953; wird für erbunwürdig erklärt, § 2344; ein vorläufig wirksam gewordener Berufungsgrund ist mit Erfolg angefochten, §§ 2078 flg., § 142. Als Erbe soll dann rückwärts derjenige gelten, welcher als solcher schon von vorn herein berufen gewesen sein würde, wenn der zunächst Berufene zur Zeit des Anfalls nicht gelebt hätte. Und diesen Erben stempelt Strohal insonderheit zum Rückwärtsbesitzer.

Dabei kommt Strohal schon selber ein wichtiges Bedenken, das ich hier wortgetreu folgen lasse. 'Es wird nicht selten vorkommen, daß der zum vorläufigen Erwerb der Erbschaft gelangende Erbe den Besitz von zu dieser gehörenden Sachen auch thatsächlich ergreift. Treten nun hinterher Umstände ein, vermöge welcher der Erbschaftserwerb und mit diesem zugleich der Uebergang des Besitzes auf den Erben nach § 857

als nicht erfolgt gilt, so wird hierdurch doch an der vom Erben inzwischen vorgenommenen thatsächlichen Besitzergreifung nichts geändert. Soweit eine solche erfolgt ist, ist der zur Erbfolge berufen Gewesene, auch nachdem sich herausgestellt hat, daß diese Berufung mit allen ihren Wirkungen als nicht erfolgt zu gelten hat, doch noch immer als Besitzer anzusehen, zwar nicht als Erbbesitzer nach § 857, wohl aber als Besitzer, der dies nach § 854 Abs. 1 durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die zur Erbschaft gehörenden Sachen geworden ist.'

Also es giebt einen besonderen Erbbesitz. Nur auf diesen bezieht sich der § 857. Der thatsächliche Besitz des § 854 Abs. 1 geht in Bezug auf Erwerb und Verlust seine eignen Wege.

Wenn die Sache so gemeint war, dann ist allerdings mit Strohal eine Verständigung möglich. Lassen wir nämlich den thatsächlichen Besitz außer Spiel, was bleibt nach für den Erbbesitz? Nichts weiter als ein Anspruch. Und Ansprüche können allerdings auf die Erben übergehen.

Schließlich berührt Strohal noch die Stellung des Vorerben dem Nacherben gegenüber, vgl. § 2139. 'Wie in manchen anderen Fällen, so gelangt man auch hier zu befriedigender Lösung nur, wenn man zwischen dem auf den Vorerben lediglich nach § 857 übergegangenen und dem vom Vorerben nach § 854 Abs. 1 selbständig erworbenen Besitz unterscheidet. Besitz der letztern Art geht auf den Nacherben gewiß ipso iure nicht über, sondern verbleibt vielmehr auch nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge dem Vorerben oder vererbt sich in Fällen, wo der Eintritt des Falles der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammentrifft, auf den Erben des letzteren.'

Dieser Fall ist allerdings geeignet, den Erbbesitz in seiner ganzen Hülflosigkeit zum Bewußtsein zu bringen. Den Erbbesitz des § 857 erlangt zunächst der Vorerbe, später kommt der Nacherbe an die Reihe. Aber sofern der Vorerbe noch lebt und thatsächlich den Besitz ausübt, kann dieser Besitz des

§ 854 Abs. 1 doch unmöglich auf den Nacherben übergehen. Ferner hatte der Nacherbe auf Grund von § 868 schon mittelbaren Besitz: siehe oben § 18 Z. I, 19 S. 161. Was soll also noch auf ihn übergehen? Der Erbbesitz des Nacherben ist ein Begriff ohne Inhalt, also das reine Nichts.

Strohal will nur hier und 'in manchen andern Fällen' eine Scheidung vornehmen zwischen Erbbesitz und thatsächlich ausgeübtem Besitz. Nach meinem Dafürhalten ist der thatsächliche Besitz des § 854 Abs. 1 grundsätzlich von dem sonstigen Erbbesitz fern zu halten. Von diesem Standpunkte aus will ich jetzt dem § 857 näher treten.

IV. Verschiedene Möglichkeiten.

Es sind verschiedene Möglichkeiten auseinanderzuhalten. Das körperliche Verhältnis war in der Person des Erblassers vorhanden; der Erblasser setzte den Besitz bloß fort, ohne daß in seiner Person das körperliche Verhältnis gegeben; der Erblasser war mittelbarer Besitzer; der Erblasser hatte einen sonstigen Besitzanspruch.

1) Das körperliche Verhältnis war in der Person des Erblassers vorhanden. Er starb auf seinem Gute.

Dieses thatsächliche Verhältnis hat mit dem Tode aufgehört. Daß dieses thatsächliche Verhältnis auf den Erben übergehe, ist ein Ding der Unmöglichkeit. Wirklichen Besitz im Augenblicke, wo der Erblasser gestorben, erlangt der Erbe nur unter der Voraussetzung, daß dann in seiner Person das körperliche Verhältnis vorhanden. Willensäußerung ist nicht weiter erforderlich. Der Besitzerwerb tritt von Rechts wegen ein. Auch ein kleines Kind wird unter der gedachten Voraussetzung sofort Besitzer. Wenn hingegen beim Tode des Erblassers das körperliche Verhältnis beim Erben nicht vorhanden, so muß zum Erwerbe des wirklichen Besitzes nachträgliche Besitzergreifung hinzukommen. Bei einem kleinen Kinde läßt sich diese Besitzergreifung in der Weise bewerkstelligen, daß ein beliebiger das Kind in das Sterbehaus führt oder trägt.

Regelmäßig werden, wenn jemand in seiner Wohnung, seinem Hause stirbt, Hausgenossen vorhanden sein. Bei Lebzeiten des Verstorbenen übten diese für und neben ihm den Besitz aus. Jetzt ist er tot und der Erbe abwesend. Da der Besitz auf den Erben übergehen soll, werden wir sagen müssen: die Hausgenossen üben nach dem Tode des bisherigen Besitzers den Besitz aus für den Erben. Ein eigentlicher Uebergang ist das freilich nicht, denn die Sachlage in der Person des Erben ist eine wesentlich andere, als sie es war in der Person des Erblassers. Richtiger wäre es, von einem Neuerwerbe des Besitzes zu sprechen, der durch Rechtssatz erfolgt. Die Rechtsordnung kann von dem Willen des Erwerbenden wie sonstigem Willen absehen und erklären: das in der Person des A bestehende körperliche Verhältnis soll Besitz für B sein. Vgl. unten §§ 22, 26. Hier erklärt die Rechtsordnung: nach dem Tode des Erblassers üben die Hausgenossen den Besitz aus für den Erben. Aehnlich geht schon Cic. pro Caecina 32 § 94 zu Werke beim Pächter eines zur Erbschaft gehörenden Grundstückes: siehe oben Nr. II gegen Ende S. 178. Dieser Besitzerwerb ist freilich kein Besitz im Sinne des § 854 Abs. 1, sondern ein Besitzanspruch: ein Besitz, der Aehnlichkeit hat mit dem mittelbaren: siehe oben § 18 Nr. III. a. E. S. 168.

Werden die Hausgenossen durch dritte gestört, so steht dem Erben ein Klagerecht zu auf Beseitigung dieser Störung; werden die Hausgenossen vertrieben, so greift die Klage wegen Wiedereinräumung entzogenen Besitzes Platz: §§ 861, 862, 869.

Wie steht es um die Selbsthülfe? Die Hausgenossen können den Besitz für den Erben in Gemäßheit von § 860 verteidigen. Sind keine Hausgenossen da, so ist freilich ein in Amerika weilender Erbe nicht in der Lage, selber ein Besitztum in Thüringen zu schützen, trotzdem nach dem B.G.B. der Besitz des Erblassers auf ihn übergegangen sein soll. Kehrt der Erbe zurück, so werden ihm die Selbsthülfebefugnisse zuzugestehen sein, die der gewesene Besitzer demjenigen gegenüber hat, der fehlerhaften Besitz ausübt. Siehe darüber unten § 41 Nr. I, 2.

2) Der Erblasser setzte den Besitz bloß fort, ohne daß in

seiner Person das körperliche Verhältnis gegeben. Er stirbt auf einer Reise; in seiner Wohnung, seinem Hause ist niemand zurückgelassen.

Der Erbe bemächtigt sich des Nachlasses und wird auf diese Weise Besitzer im Sinne des § 854 Abs. 1. Vielleicht sind dem Erben andere zuvorgekommen und haben den ganzen Nachlaß oder einzelne Bestandteile bei Seite geschafft. Da der Besitz auf den Erben übergehen soll, werden wir ihm auf Grund von § 861 die Klage wegen Wiedereinräumung entzogenen Besitzes zugestehen müssen. In Wahrheit geht also auf den Erben von Rechts wegen ein Besitzanspruch über. Und dieser Anspruch verschafft dem Erben keinen früheren sondern neuen Besitz. Also vertritt hier die Klage des § 861 die Stelle des römischen Quorum bonorum.

Mit den Selbsthülfebefugnissen verhält es sich wie unter 1.

3) Der Erblasser war mittelbarer Besitzer.

Der mittelbare Besitz ist vorzugsweise ein Besitzanspruch. Ansprüche können auf den Erben übergehen. Insofern paßt der gesetzliche Ausdruck.

Aber selbst hier werden wir einen Fall ausnehmen müssen, wenn nämlich der Besitzanspruch gegen den Erben selber gerichtet war: der Erblasser hat ihm vielleicht ein Buch geliehen. Hier erlischt der Besitzesanspruch des Erblassers durch Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person. Andererseits geht mit dem Besitze des Erben insofern eine Umwandlung vor sich, als der mittelbare Besitz, welcher ihn bisher begleitete, fortgefallen: der Zeitbesitz ist zum Dauerbesitz geworden.

4) Der Erblasser hatte einen sonstigen Besitzanspruch.

Sonstige Besitzansprüche gehen ebenfalls auf den Erben über: z. B. der Erblasser war schon bei Lebzeiten von seinem Grundstücke vertrieben.

Aber auch hier ist der Fall auszunehmen, wenn sich der Besitzanspruch gegen den Erben selber richtete. Ein Hund des Erblassers hatte sich zum Erben verlaufen; der Erblasser

hatte beim Erben seinen Regenschirm stehen lassen. Dies sind Beispiele, wo sich bloße Innehabung durch Erbfall in Besitz umwandelt.

Das Ergebnis wäre demnach folgendes.

Der Besitzerwerb infolge eines Erbfalles ist ein Erwerb von Rechts wegen, durch Rechtssatz.

Von einem Uebergange kann nur insofern die Rede sein, als dem Erblasser ein Besitzanspruch zu Gebote stand. Und selbst hier haben wir den Fall auszunehmen, wo der Anspruch gegen den Erben ging.

Thatsächlich vom Erblasser ausgeübter Besitz geht als solcher nicht auf den Erben über. Ist aber in der Person des Erben im Augenblicke, wo der Erblasser starb, das körperliche Verhältnis vorhanden, so wird er wirklicher Besitzer von Rechts wegen.

Wenn das körperliche Verhältnis in der Person des Erben nicht gegeben, so gewährt ihm der Erbfall einen Anspruch, sich der Sachen des Erblassers zu bemächtigen. Das ist freilich keine Wiedererlangung, sondern Neuerlangung von Besitz. Hausgenossen des Erblassers üben nach dessen Tode den Besitz für den Erben aus, sofern sie nicht selber Erben sind.

Die Denkschrift schließt mit folgendem Satze: 'Insbesondere bedarf es dann keiner Sonderbestimmungen, um den Nachlaß in der Zeit zwischen dem Tode des Besitzers und der Besitzergreifung der zu dem Nachlasse gehörenden Sachen durch den Erben gegen Eingriffe dritter sicher zu stellen.'

Das wäre richtig, wenn die ein körperliches Verhältnis schaffende Besitzergreifung einfach durch Rechtssatz ins Leben gerufen werden könnte. Da aber ein Rechtssatz nicht im Stande ist, dieses körperliche Verhältnis hervorzuzaubern, werden wir doch wohl das, was das Gesetz erreichen sollte, in Sonderbestimmungen umzudeuten haben.

V. Die preußische Praxis und ein Mißverständnis.

Die preußische Praxis hat, wenn auch nicht ohne Schwanken, an der Auffassung des römischen Rechtes festgehalten, daß der Besitz durch den Tod des Besitzers erlösche. In dieser Beziehung ist vor allen Dingen maßgebend gewesen ein Plenarbeschluß des Obertribunals vom 7. Nov. 1849, dem wir bereits begegnet sind: siehe oben S. 170.

Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 21 Nr. 4 S. 65 tadelt diese Praxis als dem A.L.R. fremd. Um so beachtenswerter erscheint mir dieselbe: klare Gedanken brechen sich bei fortschreitender Wissenschaft und Rechtsprechung trotz aller Gesetzgeberei wieder Bahn.

Ein Punkt will mir freilich in dem Plenarbeschlusse nicht gefallen. Es heißt Entscheidungen des K. O.T., Bd. 18 S. 10: 'Hat sich also ein Nichterbe vor der Besitzergreifung des Erben Sachen aus einer liegenden Erbschaft angeeignet, so kann der Erbe gegen ihn sein durch die Erbschaftsantretung erworbenes Eigentum petitorisch verfolgen, aber nicht wegen Verletzung seines Besitzes die possessorische Klage auf Herausgabe der Sachen anstellen.'

Es handelt sich hier um ein weitgreifendes Mißverständnis. Der Besitz des Erblassers geht nicht auf den Erben über, also hat der Erbe keinen Besitzesschutz. Will man den Erben in dieser Beziehung schützen, so muß man auf ihn den Besitz übergehen lasseu.

Allein daß das in der Person des Erblassers begründet gewesene körperliche Verhältnis sich auf den Erben übertrage, ist platterdings unmöglich. Möglich aber trotzdem, daß der beim Erblasser vorhanden gewesene Besitz für den Erben geschützt werde.

Ihering, De hereditate possidente, pag. 40; Grund des Besitzesschutzes [2] S. 85 flg. behauptet: daß die hereditatis petitio praktisch die Funktion der possessorischen Klagen ausgeübt habe. In der erstgenannten Schrift heißt es: Ut uero heredi in rebus a defuncto possessis non solum usucapio detur, sed etiam auxilium quoddam praestetur, quod eos-

dem habeat effectus, quos illa interdicta (sc. retinendae et recuperandae possessionis) hereditatis petitio inuenta est. Wäre diese Ansicht richtig, so hätten wir jedenfalls schon einen Besitzesschutz, ohne daß wir nötig hätten, einen Uebergang des Besitzes auf die Erben anzunehmen.

Mir erscheint freilich dieser von Jhering aufgestellte Satz als sehr fragwürdig. Possessorischen Schutz gewährte den Erbschaftssachen jedenfalls zur Zeit der klassischen Juristen, vermutlich aber ebenso nach Justinian'schem Rechte, vor allem das Inderdictum Quorum bonorum.

Dieser Schutz ging sehr weit. In dieser Beziehung sind zu beachten die Ediktsworte de bonis bei Ulp. fr. 1 pr. Quor. bon. 43, 2. Es ist nicht gesagt in bonis. Das gebrauchte de bonis wird so viel sein wie ex bonis, welches Ulp. fr. 2 § 22 Vi bon. rapt. 47, 8 dahin erläutert, daß es auch die Detention mit umfasse. Es genügte demnach, daß die Erbschaftssachen beim Ableben des Erblassers sich in dessen Gewahrsam befunden hätten. Daß man hierauf auch die hereditatis petitio erstreckte — Paul. fr. 19 pr. de her. pet. 5, 3 — wird Einwirkung des Quorum bonorum gewesen sein.

Sollte aber der Schutz, den das Quorum bonorum dem Erben angedeihen ließ, kein ausreichender gewesen sein, so ließe sich dem leicht nachhelfen. Jedenfalls ist der Grundgedanke des römischen Rechts richtig: auf den Erben geht kein Besitz über, der Erbe erlangt neuen Besitz. Falsch ist andererseits die Vorstellung: nur dann können wir den Erben genügend schützen, wenn wir auf ihn den Besitz des Erblassers übergehen lassen. Das hieße genau genommen: den Besitzesschutz von einer unmöglichen Bedingung abhängig machen.

Josef, Archiv für bürg. Recht, Bd. 15 S. 287 bespricht einen hierher gehörigen Fall nach preußischem Rechte und dem Rechte des B.G.B.

'Eine Erbschaft ist ungeteilt, und der Miterbe A hat Jahre hindurch das Nachlaßgrundstück ungestört besessen und benutzt. Plötzlich nimmt der Miterbe B auf dem Grundstücke Anpflanzungen vor. Gegen die Besitzklage des A macht B geltend,

daß er zur Vornahme der Anpflanzungen nach § 2038 berechtigt sei. Das Obertribunal sah hierin einen unzulässigen Einwand aus dem Recht zum Besitz; nach dem B.G.B. würde indes die Besitzklage des A nicht durchdringen. Denn der Besitzkläger B ist nach 857 Mitbesitzer des Grundstückes und die Besitzklage daher nach § 866 ausgeschlossen.'

Allein die Lage ist noch nach dem B.G.B. genau dieselbe, wie sie das Obertribunal aufgefaßt hat. Trotz des § 857 ist es doch möglich, daß irgend ein Beliebiger dem Erben zuvorkommt und von der Erbschaft Besitz ergreift. Dann haben wir diesen Dritten als Besitzer im Sinne des § 854 zu betrachten. So gut wie ein beliebiger Dritter kann einer von mehreren Erben die Erbschaft für sich allein in Besitz nehmen. Hat dieser Zustand Jahre lang gedauert, so ist dieser Miterbe Jahre lang Alleinbesitzer gewesen. Kommt nun ein anderer Miterbe und will Anpflanzungen auf dem erbschaftlichen Grundstück machen, so braucht der Alleinbesitzer sich das nicht gefallen zu lassen und kann mit der Störungsklage vorgehen.

VI. Die ruhende Erbschaft.

Das B.G.B. läßt nach § 1942 Abs. 1 die Erbschaft ohne Antrittshandlung auf den berufenen Erben übergehen. Man hat wohl geglaubt, die ruhende Erbschaft auf diese Weise los zu werden. Besonders scharfen Ausdruck hat dieser Gedanke gefunden bei Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1 S. 235, 236. Das ist indes eitel Täuschung.

Einem Falle ruhender Erbschaft sind wir bereits begegnet: wenn im Augenblicke, wo der Erblasser starb, der zur Erbschaft Berufene noch gar nicht geboren war. Das B.G.B. hat freilich diesen Fall durch eine Fiktion zu verschleiern gesucht, damit wird er nur nicht aus der Welt geschafft. Siehe oben unter III S. 182.

Indessen wir brauchen uns gar nicht nach besonders gearteten Beispielen umzusehen. Halten wir uns einfach an den Abs. 1 des § 1942. Der Uebergang der Erbschaft erfolgt 'unbeschadet des Rechtes . . . sie auszuschlagen'.

Ob die Rechtsordnung nun sagt 'Du sollst Erbe sein, wenn Du antrittst', oder 'Du sollst Erbe sein, wenn Du nicht ausschlägst': so ist das keineswegs ein tiefgehender Unterschied. Im einen Falle sowohl wie im andern ist die Ungewißheit über die künftigen Schicksale der Erbschaft zunächst nicht gehoben. Es muß in beiden Fällen der eigentliche Erbe ermittelt, in beiden Fällen eine Erklärung, sei es nun stillschweigende oder ausdrückliche, abgegeben werden.

Nach § 1958 kann der Gläubiger einen Anspruch gegen den Erben vor der Annahme nicht geltend machen. Nach § 1960 hat das Nachlaßgericht, solange die Erbschaft nicht angenommen, für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen. Das sind Bestimmungen, die deutlich genug die ruhende Erbschaft erkennen lassen.

Die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft ist schließlich doch das Entscheidende. Darauf weist uns deutlich hin § 9 der K.O.: 'Die Annahme oder Ausschlagung einer vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft . . . steht nur dem Gemeinschuldner zu.'

Besitz an Erbschaftssachen kann während ruhender Erbschaft von irgend jemand erworben werden, es ist dies aber keineswegs nötig. Jedenfalls giebt es keinen Rückwärtsbesitz.

Den Römern hat die während ruhender Erbschaft vorhandene Zwischenzeit, wie schon hervorgehoben — siehe oben unter II S. 177 — namentlich bei der Ersitzung Schwierigkeiten bereitet. Diesem Ersitzungsbesitze will ich jetzt näher treten.

VII. Der Ersitzungsbesitz.

1. Das römische Recht.

Für die Zeit der ruhenden Erbschaft haben sich bei den Römern folgende Sätze entwickelt.

Die Ersitzung läuft fort, ohne daß der Erbe Besitz zu erlangen brauchte. Wie nun, wenn ein anderer inzwischen Besitz ergriff? Wäre der Erbe bereits Besitzer gewesen und hätte ein anderer dem Erben den Besitz entzogen, so kann Unter-

brechung der Ersitzung nicht wohl zweifelhaft sein. Um so mehr muß Unterbrechung eintreten, wenn der Erbe den Besitz noch gar nicht erlangt hatte. Iauolenus fr. 20 de usurp. 41, 3. Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nullo possessa est. Der Besitz des Testators soll dem Erben nur dann nützen, wenn die Sache inzwischen von niemand in Besitz genommen. Da nur vom Besitze des Testators die Rede, wird man annehmen müssen, daß Javolen die Zeit der ruhenden Erbschaft nicht mitgerechnet.

Verlassen die Dienstboten das Grundstück des Erblassers und lassen dasselbe leer stehen, so ist das kein Hindernis für den Fortlauf der Ersitzung. Iulianus fr. 7 pr. pro emptore 41, 4: etiam discedentibus seruis hoc tempus heredi procedere. Unter hoc tempus ist die Zeit zu verstehen, welche der Erblasser besaß; die Zeit der ruhenden Erbschaft scheint Julian ebenfalls aus dem Spiele zu lassen.

Eine angefangene Ersitzung kann sich während ruhender Erbschaft vollenden. Neratius fr. 40 de usurp. 41, 3. Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est. Das constitutum est beziehen wir am natürlichsten auf ein Eingreifen der kaiserlichen Gesetzgebung, anderer Ansicht freilich Jhering, De hereditate possidente, pag. 8, 9.

Solange es am Erben fehlt, ist freilich noch immer kein Eigentümer da; aber jedenfalls ist das bisherige Eigentum vernichtet.

Mit dem eben hingestellten Satze ist gleichzeitig der andere gegeben, daß eine angefangene Ersitzung zu ihrer Vollendung keiner Besitzergreifung von Seiten des Erben bedarf. Pompon. fr. 6 § 2 pro emptore 41, 4. Post mortem eius, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamuis eum hominem heres possidere non coepisset, fiet tamen eius: sed ita hoc, si nemo eum possedisset.

2. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Eine begonnene Ersitzung wird zunächst nicht fortgesetzt, wenn der Ersitzende stirbt. Ein Fortlaufen der Ersitzung tritt

erst ein, wenn die Erbschaft von dem Erben angenommen, oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet, oder ein Nachlaßpfleger vorhanden.

Der Grundgedanke ist der: es muß eine Persönlichkeit gegeben sein, gegen welche der Eigentumsanspruch erhoben werden kann. Dies liegt auch vor bei einer Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß. Denn bei der Eröffnung des Konkursverfahrens hat das Gericht gleichzeitig den Konkursverwalter zu ernennen. K.O. § 110 Abs. 1.

Die Zwischenzeit wird in die Ersitzung nicht eingerechnet. Insonderheit kann sich eine Ersitzung während der Zwischenzeit nicht vollenden. Ja noch mehr! Die Ersitzung vollendet sich nicht eher, als bis sechs Monate verstrichen sind, seitdem die Erbschaft angenommen, der Konkurs eröffnet, der Nachlaßpfleger bestellt wurde.

Diese Sätze ergeben die §§ 939 und 207 des B.G.B. Die ruhende Erbschaft bereitet demnach dem Fortlaufen der Ersitzung teils Hemmnisse, die das römische Recht auch einmal kannte, die hier aber überwunden sind; andererseits ist es möglich, daß sich die Ersitzungszeit um ein Beträchtliches verlängert. Wenn dem Erblasser nur noch ein Tag an der Ersitzung fehlte, so hat der Tod die Wirkung, daß von Annahme der Erbschaft an noch volle sechs Monate laufen müssen.

Was die Voraussetzung des Besitzes in der Person desjenigen anbetrifft, welcher die Ersitzung fortsetzt, so ist zunächst darauf hinzuweisen: daß der Besitz schon zu Zeiten des Erblassers verloren gegangen sein konnte, ohne daß deshalb die Ersitzung unterbrochen wird. Es genügt nämlich für das Fortlaufen der Ersitzung Wiedererlangung des Besitzes binnen Jahresfrist bezw. Erhebung der Klage binnen derselben Zeit, wenn sie später Erfolg hatte. Vgl. B.G.B. § 940 und dazu unten § 36.

Wegen derjenigen Sachen, die sich bis zum Ableben des Erblassers in dessen Besitz befanden, wird es für die Fortdauer des Ersitzungsbesitzes jedenfalls ausreichend sein, wenn sie aus der Erbschaft nicht entfernt wurden, mochten

auch die hier in Betracht kommenden Personen von denselben keinen Besitz ergriffen haben.

Anlangend zuvörderst den Erben so soll ja auf ihn nach § 857 der Besitz übergehen. Das B.G.B. behandelt ihn ohne weiteres als Besitzer, mithin werden wir auch für das Fortlaufen der Ersitzung von ihm keine besondere Besitzerwerbshandlung verlangen dürfen.

Der Konkursverwalter hat freilich nach K.O. § 117 den Besitz erst zu ergreifen; und ebenso steht der Nachlaßpfleger da. Gleichwohl werden wir auch hier das Fortlaufen der Ersitzung nicht von einer Besitzergreifungshandlung abhängig machen können.

Ausschlaggebend ist nämlich noch für alle drei hier in Betracht kommenden Persönlichkeiten folgender Gesichtspunkt Nach § 939 kann eine Ersitzung — abgesehen von dem bereits besprochenen Hindernisse — 'nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist'. Solche Hemmung liegt hier aber nicht vor. Insonderheit läßt sich auf Grund von § 202 Abs. 1 nicht behaupten, daß 'der Verpflichtete . . vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt' wäre. Denn eine in der Erbschaft befindliche Sache bietet die Möglichkeit dar, daß sie in Besitz genommen und ausgeliefert wird.

Wenn Sachen, die sich bis zum Ableben des Erblassers in dessen Besitz befanden, während ruhender Erbschaft verloren gingen, so würde auch in diesem Falle in Gemäßheit von § 940 eine Unterbrechung nicht vorliegen bei Wiedererlangung des Besitzes binnen Jahresfrist bezw. Erhebung der Klage binnen derselben Zeit.

Neben dem Erben ist weiter des Erbschaftsbesitzers zu gedenken. Unter Erbschaftsbesitzer haben wir denjenigen zu verstehen, 'der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat': § 2018. Nicht bloß der Erbe, auch der Erbschaftsbesitzer setzt die vom Erblasser begonnene Ersitzung fort; bei beweglichen Sachen muß ihm indes guter Glaube zur Seite stehen: vgl.

§ 937 Abs. 2. Aber der Erbe kann vom Erbschaftsbesitzer Herausgabe verlangen. Insonderheit kommt dem Erben zu Statten die Ersitzungszeit, die zu Gunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen: § 944. Dasselbe gilt von demjenigen, der die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwarb: § 2030.

VIII. Der Erbschein.

Aller Besitzesschutz würde höchst mangelhaft sein, wenn man dem Erben zumutete, in jedem einzelnen Falle sein Erbrecht vollständig darzuthun. Es muß genügen, wenn er einen Erbschein erwirkte. Ein solcher Erbschein berechtigt ihn zur Selbsthülfe und nicht minder zur Anstellung von Klagen. Das wird wohl niemand bezweifeln, obwohl dieser Punkt im B.G.B. nicht besonders hervorgehoben.

Von den Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheines handeln die §§ 2354 flg. Der Grundgedanke ist der: das Erbrecht braucht nicht vollständig erwiesen zu werden; es genügt, wenn es wahrscheinlich gemacht wurde. Dem Erbscheine läßt sich an die Seite stellen die Erteilung einer bonorum possessio: Mora des Schuldners Bd. 1 S. 219; Leist, Fortsetzung von Glück, Bd. 2 S. 392. Und wie die bonorum possessio zum quorum bonorum berechtigte, bringen wir heutzutage Erbschein und Besitzesschutz mit einander in Verbindung.

IX. Succession.

Zum Schlusse noch ein paar Bemerkungen über die Succession.

Succession oder Nachfolge ist ein recht unbestimmter Begriff. Solche Ausdrücke sind nur zu geeignet Unklarheit hervorzurufen. Der eine versteht dies, der andere das darunter. Die in der Sache übereinstimmen, bekämpfen sich vielleicht im Ausdrucke; oder umgekehrt: die im Ausdrucke übereinkommen, sind sachliche Gegner.

In einem einfach-natürlichen Sinne läßt sich die Succession auch beim Besitz anbringen. Es dürfen aber aus dem Successionsbegriffe keine Sätze hergeleitet werden, die der Natur des Besitzerwerbes widerstreben.

Wenn jemand einem andern eine Sache zu Eigentum übergiebt, so nennen wir das Singularsuccession. Es liegt aber kein Grund vor, dieselbe auf das Eigentum zu beschränken. Der andere ist nicht bloß Nachfolger in das Eigentum, sondern auch in den Besitz; ja, der Eigentumserwerb beruht sogar auf dem Besitzerwerb.

Wenn ein Nichteigentümer einem andern eine Sache übergiebt, wird der andere trotzdem der Eigentümer, soweit der Satz reicht 'Hand muß Hand wahren'. Eine Nachfolge in Eigentum liegt nicht vor, wohl aber ließe sich von einer Nachfolge in den Besitz sprechen.

Ein Badegast in Gastein hat sein Haus in Jena leer stehen lassen, er verkauft dasselbe in Gastein an einen Franzosen. Der Besitz des Verkäufers an dem Hause in Jena dauert in Gastein fort. Nun darf man nicht so folgern: der Besitz des Verkäufers dauert fort, es giebt eine Singularsuccession in Besitz, also wird der Franzose durch Abschluß des Kaufes schon in Gastein Besitzer des Hauses in Jena.

Das würde ein Fehlschluß sein. Denn für die Fortsetzung des Besitzes sind andere Bedingungen maßgebend als für den Erwerb. Ein Erwerb ist nur möglich, wenn nach § 854 Abs. 1 in der Person des Erwerbenden das körperliche Verhältnis vorhanden. Wo dieses körperliche Verhältnis fehlt, ist kein Besitzerwerb möglich; und wo kein Besitzerwerb möglich, ist selbstverständlich die Singularsuccession in den Besitz ausgeschlossen.

Wenn man so die Sache anfaßt, habe ich auch nichts gegen einen Besitzerwerb auf dem Wege der Universalsuccession einzuwenden.

Es stirbt der Besitzer eines Hauses und hinterläßt ein kleines Kind im Hause als einzigen Erben. Dieses Kind wird mittelst Universalsuccession Besitzer des Hauses und aller Sachen im Hause, die der Erblasser besaß, weil in der Person des Kindes zur Zeit, wo der Erblasser starb, das körperliche Verhältnis gegeben war.

Hätte aber der Erbe, als der Besitzer starb, in weiter

Ferne geweilt, so konnte er durch Universalsuccession keinen Besitz erlangen, weil es am körperlichen Verhältnisse fehlte.

Strohal selber, um den Satz des § 857 zu halten, sieht sich genötigt, zu unterscheiden zwischen einem Erbenbesitz und dem Besitze des § 854 Abs. 1. Damit ist der fragliche Satz, genau genommen, preisgegeben, jedenfalls vollständig überflüssig geworden.

Die Sache verhält sich doch so. Entweder sind in der Person des Erben die Erfordernisse des § 854 Abs. 1 gegeben, oder sie sind nicht gegeben.

Sind die Bedingungen gegeben, so habe ich Besitz im Sinne des § 854 Abs. 1. Fehlt es hieran, so wird der Erbe kein Besitzer im Sinne des § 854 Abs. 1, wenigstens zunächst nicht. Sein Erbbesitz ist im Sinne des § 854 Abs. 1 nichts weiter als ein Anspruch auf diesen Besitz, der noch erst erlangt werden soll. Es ist dies derselbe Anspruch, zu dessen Geltendmachung die Römer ihr Quorum bonorum entwickelt haben.

B. Besitzerwerb durch andere.

a) Das römische Recht.

α) § 20. Der Stellvertreter.

Der Besitzerwerb durch Stellvertreter hat das Innehaben für einen andern zu seiner Voraussetzung: denn wer für einen andern Besitz erwerben, will gleichzeitig für einen andern innehaben.

Wille ist hier, wie anderswo, Schlußfolgerung auf Grund äußerer Thatsachen: siehe oben § 10 S. 73. Solche Schlußfolgerungen beruhen auf größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit, nicht auf logischer Notwendigkeit. Diesen Punkt hat nicht genügend hervorgekehrt Bremer, Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, N. F. Bd. 20 S. 34 flg. Lenel in Ihering's Jahrb., Bd. 36 S. 88 bemerkt: 'Nicht darauf kommt es an, wem der Prokurator erwerben wollte, sondern darauf, wen die objektive Sachlage, bei der freilich auch die Erklärungen des Prokurators ihre Rolle spielen, als den Erwerber bezeichnen.'

Das ist sachlich richtig, wenn wir das 'wollte' auf den innern Hergang beziehen. Aber was Lenel diesem 'wollte' gegenüberstellt, ist nichts anderes als der Wille im Sinne der Rechtsordnung.

Lenel, a. a. O. S. 45 flg. nimmt lebhaften Anstoß an Paulus fr. 1 § 20 de adq. uel am. poss. 41, 2.

> Per procuratorem tutorem curatoremue possessio nobis adquiritur. [cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere.] alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, [qui nostro nomine accipiunt,] futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

Das Eingeklammerte ist allem Anscheine nach spätere Einschaltung: Gradenwitz, Interpolationen, S. 221. Auch Lenel wirft die Frage auf: 'ob nicht der ungelenke zweite Satz der Stelle ein Glossem ist?' Uebrigens kommt sachlich wenig darauf an. Ich werde diese Einschaltung ebenfalls berücksichtigen.

Den animus possidentis bezieht Lenel auf den inneren Willenshergang; dies stimme nicht zu den römischen Einzelentscheidungen. Was nötigt uns denn zu dieser Auffassung? Der animus possidentis im Rechtssinne ist, um mich der eigenen Worte Lenel's zu bedienen: 'was der Handelnde bei Reflexion vernünftiger und redlicher Weise als Effekt seines Handelns wahrscheinlich wollen würde'.

Ebenso steht es um die mens, ut operam dumtaxat suam accommodarent.

Der erste freie Stellvertreter, durch den Besitz erworben werden konnte, war der Prokurator: Vac. poss., Bd. 1 S. 210 flg. Dieser Prokurator war bei den Römern eine Vertrauensperson, ein Faktotum, ein Mann für alles, ein paene dominus. Regelmäßig gehörte er dem Stande der Freigelassenen an, und es muß häufig vorgekommen sein: daß ein Sklave

lediglich zu dem Zwecke freigelassen wurde, um als Prokurator zu dienen. Der Ursprung aus dem Sklavenstande wirkte zurück auf einen solchen Prokurator. Die Leute, die früher mit dem Sklaven an Stelle des Herrn verkehrten, werden den Freigewordenen ebenfalls als Vertreter des Herrn betrachtet haben. Diese Lebensanschauung führte die römische Wissenschaft und Praxis dahin, den Prokurator mit andern freien Personen nicht auf gleiche Stufe zu stellen. Noch in späterer Zeit wurde die Uebernahme einer derartigen Prokuratur als sklavische Willfährigkeit, seruilis obsecundatio, aufgefaßt: c. 92 C. Th. de dec. 12, 1 = c. 34 C. I. eodem 10, 32 vom Jahre 382.

So ist denn dieses Detentionsverhältnis nicht minder wie dasjenige, welches sich an alten Besitz anlehnt und mit dem colonus in die Erscheinung tritt, auf alte Hausgenossen zurückzuführen.

Die Entwicklung war eine späte und langsame. Noch zu Neratius' und Gajus' Zeiten — fr. 41 de usurp. 41, 3; Gai. 2,95 — tauchen Bedenken auf: ob man einen Besitzerwerb durch andere als der Gewalt des Betreffenden Unterworfene gestatten solle. Auf Grund von fr. 51 de adq. uel am. poss. 41, 2 suchte ich darzuthun, daß der Besitzerwerb durch Stellvertreter dem Labeo und Javolen unbekannt gewesen sei. Die Beweiskraft dieser Stelle ist aber von Pininski, Sachbesitzerwerb, Bd. 2 S. 229 mit Recht in Zweifel gezogen. In Bezug auf Javolen wird indes die Sache außer Zweifel gestellt durch einen Ausspruch, auf den Ihering, Besitzwille, S. 219 aufmerksam gemacht hat. fr. 23 § 2 de adq. uel am. poss. 41, 2: neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem ciuiliter in mea potestate non habeo.

Zu Paulus' Zeiten ist es inzwischen feste Praxis geworden, daß durch einen Prokurator Besitz erworben werden kann: sent. 5, 2 § 2. Damit sind wir aber noch lange nicht bei der allgemeinen Stellvertretungsmöglichkeit angelangt, für welche Ansicht selbst Ihering, Besitzwille, S. 136 einzutreten scheint. Prokurator ist von Haus aus ein Generalvertreter —

fr. 1 § 1 de proc. 3, 3, dazu Pernice, Labeo, Bd. 1 S. 495 — und kommt hier nur als solcher in Betracht. Das schließt freilich keineswegs aus, daß ein solcher Generalvertreter zuweilen Specialauftrag erhielt: Lenel in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 36 S. 86 flg.

Zunächst beschränkt man sich darauf, diesem Generalvertreter andere Generalvertreter wie tutor und curator an die Seite zu stellen: Neratius fr. 13 § 1 de adq. rer. dom. 41, 1; Paul. fr. 1 § 20 de adq. uel am. poss. 41, 2. Im übrigen gilt nach wie vor der Satz 'per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest': Paul. sent. 5, 2 § 2; vgl. Paul. fr. 12 pr. de reb. auct. 42, 5. Das ist um so bemerkenswerter, als es nicht an Ansichten fehlt, die den Sklaven in weitem Umfange zum Besitzerwerb heranzogen. Auch ein fremder wie ein von niemand besessener Sklave kann hierzu stets benutzt werden: Ulp. fr. 34 § 2 de adq. uel am. poss. 41, 2; Pomp. fr. 31 § 2 de usurp. 41, 3. Damit waren freilich nicht alle römischen Rechtsgelehrten einverstanden. In dieser Beziehung ist einmal das admittendum est bei Ulpian zu beachten, sodann Gai. 2, 95 zu vergleichen. Bekker, Recht des Besitzes, S. 208, spricht von einer Einwirkung des freien Vertreters. Ebenso Salkowski, Sklavenerwerb, S. 166 Anm. 6. Das ist gar nicht denkbar, da die libera persona eine andere Behandlung erfuhr. Man dehnte die Vertretungsbefugnis der Sklaven möglichst aus, während man sie Freien glaubte versagen zu müssen. Die Ausnahme hinsichtlich des liber, qui a nobis bona fide possidetur — Gai. 2, 92; Afric. fr. 41 de reb. cred. 12,1; Pap. fr. 44 pr. de usurp. 41, 3; Ulp. fr. 23 § 2 de adq. rer. dom. 41, 1 — bestätigt nur die Regel. Zudem war Pomponius hier anderer Ansicht: fr. 21 pr., fr. 54 pr. § 4 de adq. rer. dom. 41, 1. In fr. 54 pr. will freilich Kuntze, Zur Besitzlehre, S. 50, den Text ändern.

Mit dieser libera persona wird jetzt vor allen Dingen der Specialbevollmächtigte getroffen. Eine Reihe von Pandektenstellen weist darauf hin, daß einem solchen die Möglichkeit,

für seinen Auftraggeber Besitz zu erwerben, versagt war: Labeo fr. 30 § 4 Leg. 3; Iul. fr. 7 § 2 pro emptore 41, 4; Scaeuola fr. 135 § 2 de uerb. obl. 45, 1; Pap. fr. 3 § 1 Qui potiores 20, 4; Ulp. fr. 8 § 10 mand. 17, 1; Paul. fr. 74 pro socio 17, 2; fr. 13 § 2 de usurp. 41, 3; Callistratus fr. 59 de adq. rer. dom. 41, 1.

Auch im Codex fehlt es nicht an derartigen Stellen: c. 2 de his qui 7, 10. Und c. 8 de adq. et ret. poss. 7, 32 aus dem Jahre 294 macht ganz den Eindruck, als ob man damals noch gar nicht weiter gekommen war. Hiermit stimmt in merkwürdiger Weise überein der ebenfalls mit dem Jahre 294 abschließende Codextitel Si quis alteri uel sibi sub alterius nomine uel aliena pecunia emerit 4, 50.

Drei Möglichkeiteu werden neben einander gestellt: es kauft jemand für einen andern; es kauft jemand für sich, läßt aber den Namen des andern in die Urkunde setzen; der Käufer zahlt mit fremdem Gelde.

Durch andere als Gewaltunterworfene kann keine Kaufklage erworben werden: c. 7. Hat jemand für sich gekauft, den Namen eines andern aber in die Urkunde aufnehmen lassen, so bleibt er immerhin der Alleinberechtigte: c. 6. Zahlung mit fremdem Gelde vermag ebenfalls keine Aenderung herbeizuführen: c. 8.

Wie ist es nun möglich, einem andern die Wirkungen des Kaufes ökonomisch zukommen zu lassen? Diese Frage soll vor allen Dingen in unserm Titel gelöst werden. Am nächsten liegt, daß der Käufer für den andern Besitz ergreift. An derartiges wird aber gar nicht gedacht, wird also wohl nicht ausführbar gewesen sein. Vielmehr treten uns in Bezug auf den Besitzerwerb folgende Sätze entgegen.

Wie jemand für einen andern nicht kaufen kann, ist es ihm auch nicht gestattet, für diesen andern Besitz zu erwerben: beides geht mit einander Hand in Hand. Aber wenn für einen andern gekauft wird, kann gleich vom Verkäufer an diesen andern tradiert werden: c. 1, 2, 3. Es ist ferner die Vereinbarung zulässig, daß später der Verkäufer an diesen andern

tradiert: c. 9. Der andere wird aber immer nur unter der Voraussetzung Besitzer, daß ihm vom Verkäufer tradiert wurde und dies dem Willen des Käufers entsprach: c. 4, 5.

Bisher hat man den vorgeführten Codextitel Si quis alteri u. s. w. recht stiefmütterlich behandelt. Grund mag sein: daß sein Inhalt von modernen Stellvertretungsvorstellungen wesentlich abweicht.

Es ist nicht ohne Interesse, diesen Bestimmungen des Justinian'schen Codex das syrisch-römische Rechtsbuch zur Seite zu stellen. Nach L. 64 Arm. 107 L. 43 wird darauf Rücksicht genommen, mit wessen Gelde gekauft. Bruns erklärt diesen Satz einfach für falsch, was doch eine gar zu schulmeisterliche Behandlung des in Frage stehenden Rechtsbuches. Wird zwar diese Ansicht im Codextitel Si quis alteri nachdrücklich zurückgewiesen, so läßt dies auch den Schluß zu: daß es derselben nicht an Anhängern fehlte. Wir haben hier eine andere Rechtsentwicklung vor uns, die zwar in dem betreffenden Codextitel zurückgedrängt wurde, aber an anderen Stellen der Justinian'schen Gesetzgebung ebenfalls zum Vorschein kommt. Ich erinnere an die utilis actio des Mündels in fr. 2 Quando ex facto 26, 9; das in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare in fr. 55 de don. i. u. et ux. 24, 1; die utilis uindicatio des Soldaten in c. 8 de rei uind. 3, 32. Die beiden Pandektenstellen sind nach Eisele, Ztschr. für Rechtsgesch. R. A., Bd. 26 S. 128 interpoliert.

Nach L. 43 kann ein Kauf auf den Namen eines andern gültig abgeschlossen werden. Bruns möchte das für eine Ungenauigkeit erklären. Da indes der Name des andern, für den die Sache bestimmt, als Käufer in die Urkunde gesetzt wurde, so war die Urkundenpraxis bei diesem Satze bereits angelangt. Eine derartige Praxis anzuerkennen, lag doch so weit nicht vom Wege. Auch hier hat sich im syrisch-römischen Rechtsbuche eine andere Auffassung Bahn gebrochen.

Was dagegen den Besitzerwerb durch einen Specialbevollmächtigten anbetrifft, so kennt ihn weder dieses Rechtsbuch noch der Codextitel Si quis alteri. Bruns S. 139 setzt die Ent-

stehungszeit des syrisch-römischen Rechtsbuches in das Jahr 476 oder 477.

Der Stellvertreter in Gestalt des per liberam personam tritt uns entgegen: § 5 per quas personas 2, 9; viermal bei Ulpian fr. 14 § 17 de furtis 47, 2, fr. 20 § 2 de adq. rer. dom. 41, 1, fr. 11 § 6 de pign. act. 13, 7, fr. 2 de adq. uel am. poss. 41, 2; sodann c. 1 de adq. et ret. poss. 7, 32, c. 1 per quas pers. 4, 27. Alle diese Stellen sind meines Erachtens interpoliert; und es hat fast den Anschein, als ob der alte Codex vom Jahre 529 diese Interpolation noch nicht enthalten hätte.

Pininski, Sachbesitzerwerb, Bd. 2 S. 226 flg. läßt die Interpolation in diesem Umfange dahingestellt sein. Höchst wahrscheinlich ist sie ihm in c. 1 per quas pers. 4, 27. Damit ist schon viel zugegeben. Pininski legt besonderes Gewicht auf fr. 53 de adq. rer. dom. 41, 1, das er dem Modestin beilegen möchte, während doch die Urheberschaft des Pomponius ziemlich zweifellos. Diese Stelle scheide ich jetzt von den interpolierten aus. Es fehlt hier nicht bloß die libera persona; sie hat auch einen ganz andern Inhalt, worauf ich noch zu sprechen komme. Siehe unten § 21 S. 219.

Die Interpolation der übrigen Stellen ist um so sicherer, als sie mit dem sonstigen Inhalte des Corpus Juris gar nicht in Einklang stehen. Nach Beyerlein, Besitzerwerb durch Konnossement, S. 19, entbehrt diese Annahme für manche Stellen nicht der Wahrscheinlichkeit. Daß durch jede freie Person, die wir uns vor allen Dingen als Speeialbevollmächtigten zu denken haben, Besitz erworben werden könne, wird mit dem verschwommenen per liberam personam mehr nur angedeutet. Es fehlt an einer Durchführung dieses Gedankens im einzelnen. Die uns im Corpus Juris überlieferte Casuistik sieht ab von diesem Rechtssatze.

Verwandt ist eine andere Erscheinung, auf die Eisele, Beiträge, S. 76 flg. aufmerksam macht: von dem Satze, daß aus dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten der Dritte keine actio erlangt, kennt das Recht vor Justinian keine Ausnahme. Die Bedenken, welche Oertmann, Archiv für bürgerliches

Recht, Bd. 12 S. 269, hinsichtlich Ulp. fr. 13 de pign. act. 13, 7 erhebt, sind nicht stichhaltig. Eher schon ist am Ausscheiden von c. 3 de don. quae sub modo 8, 45 = fr. Vat. 286 vom Jahre 290 Anstoß zu nehmen. Der Vorläufer der von Rechts wegen zustehenden Klage war die durch besonderes Dekret zu bewilligende.

Pininski a. a. O. S. 230 flg. kann sich nicht dazu verstehen, im Prokurator den ersten Stellvertreter dieser Art zu erblicken. Er glaubt, daß schon dem Labeo der Besitzerwerb durch Dritte nicht unbekannt war; und will dies durch Stellen beweisen, welche von der Zahlung an einen Dritten handeln. Er stellt sich die Sache so vor, daß in Fällen dieser Art dem Gläubiger Besitz und Eigentum unmittelbar erworben werde.

Diese Auffassung setzt sich mit der Quellenüberlieferung insofern in Widerspruch, als hier ausdrücklich auf den Prokurator als denjenigen hingewiesen wird, der diese Entwicklung einleitete. Ferner kann sich jedenfalls die Zahlung an einen andern ohne einen derartigen Stellvertretungsgedanken vollziehen. Der Schuldner erhalte Auftrag, an einen Dritten zu zahlen, der dies Geld vielleicht als Darlehn erhalten soll. Dies kann ja so gemacht werden, daß der Schuldner Besitz und Eigentum des Geldes unmittelbar an den Dritten überträgt.

In den Quellen ist vielfach von einem iubere, iussus die Rede. Dieser iussus wird nichts anderes sein, als ein Vorläufer des Mandates. Ferner wendet sich der Gläubiger allgemein an das Publikum, sei es ausdrücklich oder stillschweigend. In letzterer Beziehung verdient neben dem Peculium und dem als Kassierer angestellten Sklaven der Prokurator besondere Beachtung: Iulianus fr. 34 § 3 de sol. 46, 3.

Treten Umstände ein, welche die Sachlage wesentlich ändern, so kann der Schuldner darunter nicht leiden, wenn er nichts wußte. Die einschlagenden Fälle sind sehr mannigfaltiger Art. Der Sklave war inzwischen verkauft: Alfenus fr. 35 de sol. 46, 3; Ulp. fr. 11 Depositi 16, 3. Der Schuldner hat an den als Kassierer angestellt gewesenen Sklaven, dispensator, gezahlt, ohne von dessen Freilassung zu wissen: Gai.

stehungszeit des syrisch-römischen Rechtsbuches in das Jahr 476 oder 477.

Der Stellvertreter in Gestalt des per liberam personam tritt uns entgegen: § 5 per quas personas 2, 9; viermal bei Ulpian fr. 14 § 17 de furtis 47, 2, fr. 20 § 2 de adq. rer. dom. 41, 1, fr. 11 § 6 de pign. act. 13, 7, fr. 2 de adq. uel am. poss. 41, 2; sodann c. 1 de adq. et ret. poss. 7, 32, c. 1 per quas pers. 4, 27. Alle diese Stellen sind meines Erachtens interpoliert; und es hat fast den Anschein, als ob der alte Codex vom Jahre 529 diese Interpolation noch nicht enthalten hätte.

Pininski, Sachbesitzerwerb, Bd. 2 S. 226 flg. läßt die Interpolation in diesem Umfange dahingestellt sein. Höchst wahrscheinlich ist sie ihm in c. 1 per quas pers. 4, 27. Damit ist schon viel zugegeben. Pininski legt besonderes Gewicht auf fr. 53 de adq. rer. dom. 41, 1, das er dem Modestin beilegen möchte, während doch die Urheberschaft des Pomponius ziemlich zweifellos. Diese Stelle scheide ich jetzt von den interpolierten aus. Es fehlt hier nicht bloß die libera persona; sie hat auch einen ganz andern Inhalt, worauf ich noch zu sprechen komme. Siehe unten § 21 S. 219.

Die Interpolation der übrigen Stellen ist um so sicherer, als sie mit dem sonstigen Inhalte des Corpus Juris gar nicht in Einklang stehen. Nach Beyerlein, Besitzerwerb durch Konnossement, S. 19, entbehrt diese Annahme für manche Stellen nicht der Wahrscheinlichkeit. Daß durch jede freie Person, die wir uns vor allen Dingen als Specialbevollmächtigten zu denken haben, Besitz erworben werden könne, wird mit dem verschwommenen per liberam personam mehr nur angedeutet. Es fehlt an einer Durchführung dieses Gedankens im einzelnen. Die uns im Corpus Juris überlieferte Casuistik sieht ab von diesem Rechtssatze.

Verwandt ist eine andere Erscheinung, auf die Eisele, Beiträge, S. 76 flg. aufmerksam macht: von dem Satze, daß aus dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten der Dritte keine actio erlangt, kennt das Recht vor Justinian keine Ausnahme. Die Bedenken, welche Oertmann, Archiv für bürgerliches

Recht, Bd. 12 S. 269, hinsichtlich Ulp. fr. 13 de pign. act. 13, 7 erhebt, sind nicht stichhaltig. Eher schon ist am Ausscheiden von c. 3 de don. quae sub modo 8, 45 — fr. Vat. 286 vom Jahre 290 Anstoß zu nehmen. Der Vorläufer der von Rechts wegen zustehenden Klage war die durch besonderes Dekret zu bewilligende.

Pininski a. a. O. S. 230 flg. kann sich nicht dazu verstehen, im Prokurator den ersten Stellvertreter dieser Art zu erblicken. Er glaubt, daß schon dem Labeo der Besitzerwerb durch Dritte nicht unbekannt war; und will dies durch Stellen beweisen, welche von der Zahlung an einen Dritten handeln. Er stellt sich die Sache so vor, daß in Fällen dieser Art dem Gläubiger Besitz und Eigentum unmittelbar erworben werde.

Diese Auffassung setzt sich mit der Quellenüberlieferung insofern in Widerspruch, als hier ausdrücklich auf den Prokurator als denjenigen hingewiesen wird, der diese Entwicklung einleitete. Ferner kann sich jedenfalls die Zahlung an einen andern ohne einen derartigen Stellvertretungsgedanken vollziehen. Der Schuldner erhalte Auftrag, an einen Dritten zu zahlen, der dies Geld vielleicht als Darlehn erhalten soll. Dies kann ja so gemacht werden, daß der Schuldner Besitz und Eigentum des Geldes unmittelbar an den Dritten überträgt.

In den Quellen ist vielfach von einem iubere, iussus die Rede. Dieser iussus wird nichts anderes sein, als ein Vorläufer des Mandates. Ferner wendet sich der Gläubiger allgemein an das Publikum, sei es ausdrücklich oder stillschweigend. In letzterer Beziehung verdient neben dem Peculium und dem als Kassierer angestellten Sklaven der Prokurator besondere Beachtung: Iulianus fr. 34 § 3 de sol. 46, 3.

Treten Umstände ein, welche die Sachlage wesentlich ändern, so kann der Schuldner darunter nicht leiden, wenn er nichts wußte. Die einschlagenden Fälle sind sehr mannigfaltiger Art. Der Sklave war inzwischen verkauft: Alfenus fr. 35 de sol. 46, 3; Ulp. fr. 11 Depositi 16, 3. Der Schuldner hat an den als Kassierer angestellt gewesenen Sklaven, dispensator, gezahlt, ohne von dessen Freilassung zu wissen: Gai.

3, 160. Oder ohne davon eine Ahnung zu haben, daß derselbe inzwischen seiner Stelle entsetzt sei: Paul. fr. 51 de sol. Dem Schuldner war unbekannt, daß dem Dritten die Annahme verboten: Iulianus fr. 34 § 3, Ulp. fr. 12 § 2 de sol. Unbekannt, daß dem Haussohne oder Sklaven das Peculium genommen, bezw. einem freigelassenen Sklaven nicht mitgegeben worden: Ulp. fr. 26 § 8 de cond. ind. 12, 6; c. 3 de sol. 8. 42; Iulianus fr. 32 de sol. Oder der Schuldner weiß nicht, daß inzwischen der Auftraggeber gestorben: Iulianus fr. 32 de sol., Paulus fr. 26 § 1 Mandati 17, 1.

Es wird oft genug hervorgehoben, daß durch solche Zahlung an einen Dritten der Schuldner frei werde. Nähere Abgrenzung bei Alf. Varus fr. 35 de sol. 46, 3: recte solui potest, nisi aliqua causa interciderit, ex qua intellegi possit inuito eo, cuius tum is seruus fuisset, ei solui. Ferner bei Ulp. Sabinus fr. 11 Depositi 16, 3: nec ulla causa interuenit, quare putare possit dominum reddi nolle. Meistens ist an Fälle gedacht, wo mit demjenigen, an den der Schuldner zahlte, auch das Geschäft abgeschlossen wurde. Wo der Schuldner an einen andern zahlte, als mit dem er abschloß, soll nach Gai. 3, 160 die Befreiung der stricta iuris ratio widersprechen, und nach Africanus fr. 38 § 1 de sol. nicht ipso iure, sondern exceptione vor sich gehen. Aber in Wahrheit wurde die Schuld von beiden hier ebenfalls als bezahlt angesehen.

Liegt gar kein Auftrag vor oder was dem gleichzustellen, so kann von einer Befreiung des Schuldners keine Rede sein. Es müßte denn der Gläubiger nachträglich genehmigen: Iulianus fr. 13 de sol. 46, 3; Paulus fr. 14 de cond. c. d. 12, 4; Ulp. fr. 12 § 4, fr. 34 § 4, fr. 58 pr. de sol. 46, 3. Oder um den Betrag bereichert sein: Gaius fr. 6 de doli m. 44, 4; Iulianus fr. 34 § 9 de sol. 46, 3; Ulp. fr. 11 § 5 de pign. act. 13, 7; Paulus fr. 15, fr. 28, fr. 61 de sol. 46, 3.

Es bleibt der nähere Hergang zu betrachten. Dabei kommen lediglich diejenigen Obligationen in Betracht, die auf Besitzes- bezw. Eigentumsübergang berechnet sind. Für diese

Frage sind die Quellen weniger ergiebig. Nur ausnahmsweise wird näher auseinandergesetzt, wie das im einzelnen zugeht. Und darüber brauchen wir uns nicht zu wundern. Denn in der Mehrzahl der Fälle wäre dies eine ziemlich müssige Betrachtung rein akademischer Natur gewesen, da bei Geldzahlungen der dritte Empfänger jedenfalls durch Consumtio Eigentümer wird: fr. 78 de sol. Und wo überall eine genauere Betrachtung stattfindet, ist dieselbe keineswegs immer so geführt, daß nicht noch Zweifeln übrig blieben. Dabei kommt der Eigentumsübergang besser weg als der Besitzerwerb. Aus dem Eigentumserwerbe folgt aber nicht notwendig der Besitzerwerb, ebenso wenig wie aus dem Absprechen des Eigentumserwerbes überall ein Schluß auf Nichterwerb des Besitzes zulässig ist.

Jedenfalls fehlt es der Ansicht nicht an Anhaltspunkten, daß der dritte Empfänger unmittelbar vom Geber das Eigentum erwerbe: Africanus fr. 34 pr. Mand. 17, 1 und dazu Schloßmann in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 9 S. 333; Ulp fr. 15 de reb. cred. 12, 1, fr. 19 § 3 de don. 39, 5, fr. 43 § 1 de furtis 47, 2; Paulus fr. 2 § 4 de reb. cred. 12, 1; Pomponius fr. 9 § 2 de don. 39, 5. Mitunter bleibt das Eigentum zunächst beim zahlenden Schuldner: Africanus fr. 38 § 1 de sol. Aus der furti actio bei Ulp. fr. 18 de sol. schließt Pininski und vor ihm schon Francke, Beiträge, S. 100 auf Eigentum des Gläubigers, während Schirmer, Zeitschrift für Civilrecht nnd Prozeß, N. F. Bd. 11 S. 461, dabei an den Zahlenden denkt. Mir ist es nicht zweifelhaft, daß die furti actio dem Gläubiger zustehen soll. Daraus folgt indessen noch nichts für dessen Eigentum. Denn zur furti actio reicht der Gesichtspunkt des Interesse vollkommen aus: Africanus fr. 38 § 1 de sol. 46, 3: quando mea intersit interceptos nummos non esse; Windscheid, Pand., Bd. 2[7] § 453 Anm. 14; Bruckner, Custodia, S. 96 flg.

Der Eigentumsübergang muß dem Willen des zahlenden Schuldners entsprechen. Bewerkstelligt der Schuldner die Zahlung durch einen Boten, so bleibt er so lange Eigentümer,

bis der Bote die Sache beim Gläubiger abgegeben hat: Paul. fr. 22 § 7 Mand. 17, 1; Ulp. Iul. fr. 52 § 16 de furt. 47, 2; Pomp. fr. 17 de sol. 46, 3; Iul. fr. 2 § 6 de don. 39, 5; Iauolen. fr. 25 daselbst; Ulp. fr. 5 § 4 de neg. gest. 3, 5. Der Schuldner benutzt einen Prokurator als Boten: Paul. fr. 23 de neg. gest. 3, 5. Dies ist beim falsus procurator ebenfalls möglich: Ulp. fr. 43 § 1 de furtis 47, 2. Hierein hat Schloßmann in Grünhut's Zeitschrift Bd. 9 S. 336 sich nicht zu finden gewußt und legt den Worten ut eos creditori perferret einen ganz eigentümlichen Sinn unter. Dagegen Pininski a. a. O. S. 232.

Die Hauptstelle, auf welche Pininski sich stützt, ist Pomp. fr. 19 de sol. Ein flüchtiger Sklave hat Geld ausgeliehen, das er von seinem Herrn gestohlen. Zahlt der Darlehnsschuldner an diesen Sklaven zurück, indem er glaubt, es mit einem Freien zu thun zu haben, so soll nach Labeo Befreiung eintreten. Begründung: Eigentumsübergang auf den Herrn und folgeweise Befreiung des Schuldners. Dieser Eigentumserwerb ist allerdings klar, aber der Schluß von einem aufs andere keineswegs ohne Bedenken. Mandry, Familiengüterrecht, Bd. 2 S. 94 rechtfertigt in anderer Weise. Iulianus fr. 34 § 5 de sol. bringt die entgegengesetzte Entscheidung: emptores fugitiuo soluentes a domino liberatos non esse. An Stellenvereinigungsversuchen ist freilich kein Mangel.

Labeo behandelt den flüchtigen Sklaven gerade so wie einen Sklaven, der ein Peculium innehat. Beide sind berechtigt zum Einkassieren, nicht zum Prolongieren und Trassieren — so läßt sich das nouare und delegare dem Sinne nach wohl am besten anschaulich wiedergeben. Diese Befugnisse hätten besonders zugestanden werden müssen; z. B. durch Einräumung der Verwaltung: Gai fr. 34 pr. de nou. 46, 2; fr. 21 de iure iur. 12, 2; Paul. fr. 48 § 1 de pec. 15, 1. Aber die Stellung beider ist doch dem Herrn gegenüber eine ganz verschiedene. Im einen Falle entspricht das Geldausleihen und Empfangen dem Willen des Herrn, nicht aber beim flüchtigen Sklaven.

Hat demnach der flüchtige Sklave den Darlehnsschuldner angewiesen, an einen Dritten zu zahlen, so soll ihn solche Zahlung nicht befreien: sed si alii soluisses iussu eius uel is ratum habuisset, non liberari, quia priore casu mei nummi facti essent et quasi mihi solutum intellegeretur.

Bei diesem Satze setzt Pininski ein. Es müsse 'aus der Stelle mit voller Bestimmtheit geschlossen werden, daß, falls hier iussu meo (nicht des Fugitiven) alii soluisses, Labeo entschieden haben würde: mei nummi facti essent et quasi mihi solutum intellegeretur'.

Dem gegenüber ist zuvörderst hervorzuheben, daß ein argumentum a contrario an sich noch kein richtiger Schluß ist: Thöl, Einleitung, S. 152; Windscheid, Pand., Bd. 1[7] § 22 Anm. 7. Namentlich ist das argumentum a contrario bei Aussprüchen römischer Rechtsgelehrter nur mit großer Vorsicht zu gebrauchen: Windscheid a. a. O. § 25 S. 62.

Sodann hat Pininski gar kein richtiges contrarium gebildet. Der Satz lautet: wenn du auf Anweisung eines flüchtigen Sklaven gezahlt hast, wirst du nicht befreit. Also der Gegensatz: wenn du auf Anweisung eines nicht flüchtigen Sklaven gezahlt, wirst du frei. Das wäre das gerade Gegenteil von dem, was am Schlusse unserer Stelle ausgesprochen.

Pininski lehnt sich gar nicht einmal an den Rechtssatz, sondern entnimmt sein contrarium der sehr fraglichen Begründung: quia priore casu mei nummi facti essent.

Schließlich würde aus dem Eigentumserwerb noch gar kein Schluß auf den Besitz zulässig sein. Der Ausspruch Labeo's ist uns durch Pomponius überliefert. Von Pomponius wissen wir aber, daß er am flüchtigen Sklaven keinen Besitz annahm und durch denselben auch keinen Besitzerwerb gestattete: Vac. poss., Bd. 1 S. 146, 147.

Diesem allem zufolge liegt kein Grund vor, an der Ueberlieferung zu rütteln: wonach der Besitzerwerb durch freie Stellvertreter vom Prokurator seinen Ausgang nahm.

Bemerkenswert ist Iulianus fr. 34 § 7 Sol. 46, 3.

Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare do-

naturus ei, quamuis Titius ea mente acceperit, ut meos nummos faceret, nihilo minus debitor liberabitur: sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fient.

Ein Gläubiger hat seinen Schuldner angewiesen, an den Titius zu zahlen, den er beschenken will. Titius lehnt die Schenkung ab, nimmt aber die Geldstücke an, um den Gläubiger zum Eigentümer zu machen. Diese Möglichkeit liegt näher als ein Irrtum des Titius. Nichtsdestoweniger soll der Schuldner frei werden. Eigentümer wird der Gläubiger erst, wenn Titius ihm später die Geldstücke zugestellt hat.

Titius hat nicht die Absicht, für sich Eigentum zu erwerben, wird also auch kein Eigentümer. Für den Gläubiger kann er kein Eigentum erwerben, selbst wenn eine Specialvollmacht vorläge. Mitteis, Stellvertretung, S. 58, läßt das Eigentum des Schuldners fortdauern. Ebenso Lenel in Ihering's Jahrb., Bd. 36 S. 104. Da aber der Schuldner frei gewordeu, was soll dieses Eigentum des Schuldners? Etwa Konstruktionsbedürfnissen Rechnung tragen? Wir haben es mit herrenlosen Geldstücken zu thun, die der Gläubiger für sich nicht haben wollte, Titius für sich ebenfalls nicht will.

Besitz kann man jedenfalls nach der Theorie des Paulus in der Person des Titius auch nicht annehmen, da er für sich keinen Besitz erwerben wollte. Der Titius erscheint als ein negotiorum gestor, der nach früherem Rechte sicher Besitzer wurde: Ihering, Besitzwille, S. 427. Bei Pap. fr. 10 Si pars. her. 5, 4 ist der negotiorum gestor bloßer Innehaber. Das ergäbe zunächst einen herren- und besitzerlosen Zustand. Eigentümlich Ulp. fr. 13 § 12 de her. pet. 5, 3. Der negotiorum gestor wird als nichtbesitzend hingestellt: quia non uidetur pro herede uel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet. Dann aber scheint ihm der besitzerlose Zustand Bedenken einzuflößen: nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse; tunc enim suo nomine teneri potest.

Mitteis glaubt, der Gläubiger könne sich durch Rati-

habitio in den Besitz des Geldes setzen. Doch nur, wenn Titius für ihn Besitz erwerben wollte und konnte. Da aber dieses selbst bei vorliegender Specialvollmacht nicht möglich, kommen wir mit der Ratihabition ebenfalls nicht weiter. Insofern hat Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte, S. 81 flg. ganz recht. Aber ich kann diesem Schriftsteller nicht zugeben, daß der gestor vom Standpunkte des spätern Rechtes aus selbst gegen seinen Willen als Besitzer und Eigentümer anerkannt wurde. Von allen römischen Rechtsgelehrten ist das sicher nicht angenommen. Derselben Ansicht freilich Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht, S. 37. Legen wir nichts in die Stelle hinein, wovon sie nichts sagt, so erhalten wir folgenden Thatbestand. Einstweilen ist Titius Innehaber für einen andern, ohne daß weder Titius noch der andere Besitzer. Paulus fr. 1 § 20 de adq. uel am. poss. 41, 2 möchte darin eine Art von Absurdität erblicken. Allein auf Fälle dieser Art bin ich schon früher gestoßen: Vac. poss., Bd. 1 S. 209, 210. Pfersche in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 15 S. 290, äußert zwar Bedenken. Aber mit Recht bemerkt Jhering, Besitzwille, S. 425: 'die Annahme einer Detention in der Person des einen ohne Besitz in der eines andern hat nach der Theorie der römischen Juristen nicht das Mindeste gegen sich'. Man sollte dieses Innehaben für einen andern ohne allen Besitz zu einer Kritik der römischen Besitzeslehre benutzen; nicht aber sich Mühe geben, die Möglichkeit wegzuräsonnieren.

β) § 21. Der Gehülfe.

Beim Stellvertreter habe ich es mit einem sich entsprechenden Doppelwillen zu thun. Der Vertreter will für einen andern Besitz erwerben, für einen andern innehaben; der andere will, daß der Vertreter für ihn Besitz erwerbe, für ihn innehabe.

Beim Abschluß von Verträgen ist die Thätigkeit Dritter entweder eine stellvertretende oder eine bloß unterstützende. Das entscheidende Merkmal ist nach Dernburg, Pand., Bd. 1[4] § 117 darin zu finden, ob der Dritte den Geschäftsabschluß durch

seine Entschlüsse bestimmt oder nicht. In letzterer Beziehung spricht man wohl von einem nuntius. Sollte, wie ein Abschluß von Verträgen durch Gehülfen vorkommt, nicht auch ein Besitzerwerb durch Gehülfen möglich sein? Das ist eine Frage, die bisher kaum aufgeworfen, jedenfalls noch nicht in das richtige Licht gestellt worden.

Ich nehme meinen Ausgang von Iauolenus ex posterioribus Labeonis fr. 51 de adq. uel am. poss. 41, 2. Wenn ich mir Holz gekauft habe und jemand hinschicke, der dasselbe bewachen soll, so erwerbe ich in dem Augenblicke Besitz, wo diesem Wächter das Holz überwiesen wird. Ein solcher Wächter hat aber gar nicht den Willen, für mich Besitz zu erwerben, oder braucht ihn wenigstens nicht zu haben. Sehr richtig bemerkt Pininski a. a. O. S. 234, 235: 'ein Stellvertreter im Besitz nicht dagegen der Labeonische custos . . ., der gar nicht zu wissen braucht, für wen er custodiert'. Derselbe läßt sich das Holz überweisen, um es zu bewachen. Das genügt geistig und physisch zur Erfüllung seiner Aufgabe. Es wäre ja möglich, daß ich Tags zuvor bereits Besitz von dem Holze ergriffen hätte. Ebenso liegt die Sache, wenn ich aus einer Schiffsladung ein Oxhoft Wein kaufe und jemand hinschicke, der dasselbe bewachen soll. Von Fällen dieser Art sagt Labeo: quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur; und ähnlich Javolen: nihil uideo interesse, utrum ipse aceruum an mandato meo aliquis custodiat. Beim Stellvertreter habe ich einen Willen, der für mich erwirbt; hier dagegen handelt es sich um Dienste ganz anderer Art.

Ein Ausspruch ebenfalls bei Labeo libro sexto pithanon a Paulo ep. fr. 65 pr. de adq. rer. dom. 41, 1. Erörtert wird der Eigentumserwerb; indes schon Bekker, Recht des Besitzes, S. 206 Anm. 1 hat hervorgehoben, daß mit dem Eigentume der Besitz übergehen mußte. Eine Bote wird mit einem Briefe gesandt und soll auf Antwort warten. In dem Augenblicke, wo dem Boten das Antwortschreiben eingehändigt wird, ist der Absender des Boten Besitzer und Eigentümer des

Antwortschreibens geworden. Ebenso liegt die Sache, wenn ich einen Boten ohne Brief absende, der mir ein Empfehlungsschreiben holen soll. Pininski, a. a. O. S. 234, meint: 'schon der Bote des Empfängers, der eine bewegliche Sache von dem abwesenden Tradenten im Namen des Herrn übernimmt und holt, ist ein Stellvertreter im Besitz'. Das ist durchaus nicht nötig. Ein solcher Bote steht vielmehr gerade so da, wie der Wächter, von dem bereits die Rede war. Der Bote, den ich sende, hat das mitzubringen, was ihm aufgetragen wird. Darauf beschränkt sich seine ganze Thätigkeit. Es ist ja möglich, daß ich schon Besitzer und Eigentümer des Empfehlungsschreibens war; ich hatte es nur beim Aussteller liegen lassen. Ebenso ist ganz einerlei, was sich ein solcher Bote im übrigen denkt: er erwirbt für mich, selbst ohne einen hierauf gerichteten Willen.

Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte, S. 17 hat diese Stelle außer Betracht gelassen, weil der tabellarius ein Sklave gewesen. Nun haben allerdings die Römer zu Briefboten meistens Sklaven genommen; das ist aber doch nicht notwendig und wird in der Stelle auch gar nicht ausdrücklich vorausgesetzt. Ferner sind die Sklavenfälle der Pandekten bei unsern Dienstboten, Dienstmännern und Leuten ähnlichen Schlages häufig gerade so gut möglich. Es ist nicht einzusehen, warum das in unserer Stelle Gesagte auf heutige Dienstboten u. s. w. nicht ebenso gut passen sollte.

Die besprochenen Stellen liefern Beispiele für die Regel, welche wir bei Ulp. Celsus fr. 3 § 12 de don. i. u. et ux. 24, 1 finden: nec nouum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere. Was du zu empfangen hast, brauchst du nicht in Person zu empfangen, sondern kannst es durch einen andern in Empfang nehmen. Dieser andere ist kein Stellvertreter, sondern nur ein Gehülfe. Der Hergang folgender Der Empfangensollende ist damit einverstanden, daß die Sache dem Gehülfen übergeben werde; der Gebende übergiebt dem Gehülfen in der Absicht, den Empfangensollenden zum Besitzer zu machen.

Beim Abschluß von Verträgen ist es mitunter zweifelhaft, ob die Thätigkeit Dritter eine stellvertretende oder bloß eine unterstützende. Solche Bedenken können beim Besitzerwerbe ebenfalls auftauchen. Wir stoßen sogar schon auf eine Streitfrage bei den römischen Rechtsgelehrten.

Im allgemeinen war ja damals der Besitzerwerb durch Stellvertreter noch wenig entwickelt. Man ließ zwar zu den Erwerb durch Prokuratoren und sonstige Generalvertreter. Ferner halfen die Sklaven aus, und bei gemeinschaftlichen Sklaven wurde auf deren Willen Rücksicht genommen: Bekker, Recht des Besitzes, S. 210; näher eingehend Salkowski, Sklavenerwerb, S. 73 flg. Anlangend diese konnte demnach die Frage entstehen, ob sie als Stellvertreter oder bloße Gehülfen zu betrachten seien.

Von diesem Gesichtspunkte aus sind meines Erachtens zwei vielbesprochene Stellen zu betrachten, mit denen sich zuletzt Salkowski, a. a. O. S. 56 flg.; Heß, Besitzen, S. 68 flg.; Lenel in Ihering's Jahrbüchern Bd. 36 S. 64 flg.; Affolter, Archiv für bürg. Rt., Bd. 17 S. 11 flg. beschäftigt haben: Iulianus fr. 37 § 6 de adq. rer. dom. 41, 1 und Ulp. fr. 13 de don. 39, 5.

Es muß in Rom häufig vorgekommen sein, daß sich mehrere einen gemeinschaftlichen Sklaven hielten. Parallele aus dem heutigen Recht: der Laufjunge, welcher für mehrere Herrschaften die Wege geht. Setzen wir: ein gemeinschaftlicher Sklave des Mevius und Titius hätte deren Gärten zu besorgen gehabt. Beide kaufen von demselben Gärtner. Dieser Gärtner hat dem Mevius Buchsbaum zur Einfassung seiner Beete versprocheu, haben wolle er nichts dafür, der Sklave könne ihn gelegentlich einmal mitnehmen. Der Sklave denkt, den Buchsbaum solle Titius haben, und bringt ihn in dessen Garten. Oder er meint, der Buchsbaum sei sowohl dem Mevius wie dem Titius versprochen. Hier wird nach Julian im einen Falle gar kein Besitz erworben, im andern Falle nur teilweise.

Anderes Beispiel. Der Buchsbaum wird vom Gärtner geschickt, aber aus Versehen nicht in der Wohnung des Mevius, sondern in der Wohnung des Prokurators abgegeben. Dieser denkt, der Buchsbaum sei für ihn bestimmt. Hier wird nach Julian ebenfalls kein Besitz erworben.

Die Entscheidung Julian's ist richtig, sobald wir den gemeinschaftlichen Sklaven bezw. Prokurator als Stellvertreter betrachten: es fehlt ihm der richtige Besitzerwerbswille. Ulpian entscheidet anders. Nach ihm wird unter allen Umständen Besitz für den Mevius erworben; auf die geistige Thätigkeit des gemeinschaftlichen Sklaven soll für den Besitzerwerb gar nichts ankommen.

Man pflegt der Entscheidung Ulpian's den Vorzug zu geben: Litteratur bei Windscheid, Pandekten, Bd. 1[7] § 155 Anm. 7. Ich halte sie ebenfalls für richtiger. Geber und Empfangensollender — Gärtner und Mevius — sind sich ja vollkommen einig: si, cum mihi donare uelles, iusserim te seruo communi meo et Titii rem tradere. Der gemeinschaftliche Sklave bezw. Prokurator soll nur als Gehülfe in Betracht kommen. Freilich wird dieses Einigsein von Julian beim Prokurator nicht wiederholt und von Ulpian ganz fortgelassen. Aber es ist kaum glaublich, daß Julian beim Prokurator von andern Voraussetzungen ausgegangen wäre; und Ulpian hatte hier die Digesten Julian's vor Augen: Bekker, Recht des Besitzes, S. 213; Dernburg, Pand., Bd. 1[4] § 180 Anm. 13; Lenel, a. a. O. S. 65. Zudem würde Ulpian sich selber widersprechen, wenn er von diesem Einigsein abgesehen hätte. Denn wo der Prokurator wirklich für den Empfangensollenden erwerben will, muß diese Einigkeit zwischen letzterem und dem Geber nach Ulpian bereits vorhanden sein oder durch Genehmigung nachgeholt werden: fr. 42 § 1 de adq. uel am. poss. 41, 2. Um so weniger darf sie da fehlen, wo der Prokurator diesen Erwerbswillen nicht einmal hat.

Randa, Besitz[3] S. 474, erklärt die Entscheidung Ulpian's für 'eine Singularität . ., welche einen bedenklichen (auch unnötigen) Bruch in die Konsequenz des Rechts bringt'.

Das ist zugleich aus der Seele vieler gesprochen. Allein von einer Bedenklichkeit kann kaum die Rede sein, sobald wir nur ein Einigsein von Geber und Empfangensollendem zur Voraussetzung machen. Eine Singularität liegt ebenso wenig vor, vollends keine unnötige: vielmehr handelt es sich um die nähere Abgrenzung zweier Grundgedanken, von denen der eine nicht minder erforderlich sein dürfte wie der andere. Und gerade die Entscheidung Ulpian's ist die folgerichtigere: denn was ohne den Willen des Gehülfen, muß auch gegen dessen Willen möglich sein.

So sind wir denn wieder einen Schritt vorwärts gekommen. Wenn Geber und Empfangensollender unter sich einig sind, geht der Besitzerwerb nicht bloß ohne den Willen, sondern selbst gegen den Willen des Gehülfen vor sich. Dessen Besitzerwerbsgedanken — ob er für Peter, Hans oder Kunz erwerben will — sind höchst gleichgültig; er erwirbt für denjenigen, der die Sache haben will und haben soll.

Weiter schlägt hier ein Ulpianus ad Sabinum fr. 6 de don. 39, 5. Der Maurermeister, welcher sich einen Steinbruch gepachtet hat und durch seine Leute Steine brechen läßt, wird in dem Augenblicke Besitzer, wo die Steine gebrochen sind. Die Leute haben das zu thun, wofür sie ihren Lohn erhalten: nämlich Steine zu brechen. Das Uebrige geht sie nichts an, insonderheit sind ihre Besitzerwerbsgedanken höchst gleichgültig: si mercennarius meus exemit, mihi exemit. — Ebenso verhält sich die Sache, wenn ich bestimmte Bäume kaufe und nun Leute schicke, welche sie fällen sollen. Der Besitzerwerb regelt sich hier nach denselben Grundsätzen, wie wenn ich einen Fuhrmann schicke, der das bereits geschlagene Holz für mich in Empfang nehmen soll: idem erit etiam, si in arbore caesa uel dempta acciderit.

Das in arbore dempta reiht sich dem Abholen des Empfehlungsschreibens an. Neue Beispiele das eximere des mercennarius und in arbore caesa.

Der mercennarius ist ein Arbeiter gegen Lohn, der hier so wenig wie anderswo als Stellvertreter in Betracht kommt:

Ulp. fr. 3 pr. Quod ui aut clam 43, 24. So schon mit Recht Pininski a. a. O. S. 229.

Die mercennarii waren teils fremde Sklaven, teils Freie: Cic. pro Caecina 20 § 58; Brissonius, Wort mercenarius. Solche Freie arbeiteten mitunter auf einem und demselben Gute neben den eigenen Sklaven des Gutsherrn: Varro, rer. rust. L. 1 c. 17. Es ist kaum anzunehmen, daß die Römer den Besitzerwerb durch diese freien Arbeiter ganz ausgeschlossen hätten. Auf solche Weise wäre eine Annäherung von Freien und Sklaven bewirkt, die im späteren Kolonat eine weitere Ausbildung erfuhr.

Wir erhalten den Satz: der Lohnarbeiter erwirbt Besitz für den Arbeitgeber, soweit dessen Wille reicht; auf den Willen des Gehülfen kommt nichts weiter an.

Einzelne von den zuletzt besprochenen Beispielen hat schon Jhering, Besitzwille, S. 204 flg., ganz richtig entschieden. Außer auf fr. 13 de don. 39, 5 beruft er sich auf zwei Stellen, welche für unsere Frage nicht allzuviel bedeuten: fr. 31 pr. de don. i. u. et ux. 24, 1; fr. 27 § 1 de adq. rer. dom. 41, 1. Seine sonstige Begründung lautet: 'mit den Rücksichten, welche der Gesetzgeber bei der Gestaltung der Stellvertretung auf die Interessen des Verkehrs zu nehmen hat, ist die Zulassung der freien individuellen Willensbestimmung beim Stellvertreter schlechterdings unverträglich.' Meines Erachtens hat die Rechtsordnung nicht nötig, sich beim Besitzerwerb durch andere auf den Stellvertreter zu beschränken, und hat sich gar nicht auf ihn beschränkt. Dem Stellvertreter ist wesentlich, daß seine Willensthätigkeit in die Kausalität der Rechtsordnung eingreift. Wird auf einen derartigen Willen keine Rücksicht genommen, so haben wir gar keinen Stellvertreter vor uns, sondern einen bloßen Gehülfen.

Lenel in Jhering's Jahrb. Bd. 36 S. 57 bringt für Fälle, die hier einschlagen, folgenden Satz: 'Wer im Auftrag eines andern Besitz erwirbt auf Grund eines für diesen anderen bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses,

erwirbt Besitz und Eigentum für diesen andern.' Die Regel ist teils zu weit, teils zu eng und trifft nicht den Hauptpunkt.

Die Regel ist zu weit. Wenn ein Gläubiger den X beauftragt, von seinem Schuldner einen Posten Waren in Empfang zu nehmen, die an X weiter verkauft sind: so geht Besitz und Eigentum dieser Waren unmittelbar auf X über, wird nicht dem Auftraggeber erworben. Wenn ich jemand gebeten habe, dem X ein Empfehlungsschreiben auszustellen, und den X hinschicke, sich dasselbe abzuholen: so geht Besitz und Eigentum dieses Empfehlungsschreibens ebenfalls unmittelbar auf X über.

Die Regel ist zu eng. Wenn ich jemand anstelle, um Bernstein zu suchen, nach einem Schatze zu graben, so fehlt es überhaupt an einem Kausalverhältnis für den Besitzerwerb: gleichwohl erwirbt diesen Besitz der Auftraggeber. Dies gesteht Lenel selber zu. Es soll aber 'zu Gunsten des Prinzipals die Thatsache' entscheidend sein: 'daß sich der Vertreter durch die Annahme und Ausführung des Auftrags in den Dienst des durch dessen Erteilung bekundeten fremden Interesses gestellt hat'.

Darin liegt eine Annäherung an den Standpunkt, von dem meines Erachtens auszugehen ist. Es kommt alles darauf an, ob die Mittelsperson ein bloßer Handlanger und Gehülfe, oder ob sie für mich Besitzerwerbsgedanken entwickeln soll.

Die Stellen, welche Lenel anzieht, haben einen ganz verschiedenartigen Inhalt und sind für ihn jedenfalls nicht beweisend.

Bei Ulp. fr. 20 § 2 de adq. rer. dom. 41, 1 ist liberam personam interpoliert für procuratorem: Vac. poss., Bd. 1 S. 221. Nach Ulpian kann ein Prokurator auch Miteigentum erwerben. Nach Justinian'schem Rechte gilt dies überhaupt von der libera persona, also auch einem Specialbevollmächtigten.

Ulp. fr. 13 de don. 39, 5 ist bereits erörtert.

Berührt ist auch schon Paulus fr. 23 de neg. gest. 3, 5, aber noch etwas näher ins Auge zu fassen.

Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor etiam inuito me ratum habeudo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo ratihabitione liberor.

Der Prokurator des Gläubigers, nicht, wie Sell, Arch. für die civ. Pr., Bd. 21 S. 143, meint, des Schuldners, soll das Geld als solches dem Gläubiger zustellen. Hier erscheint dieser Prokurator als Bote des Schuldners. Der Schuldner bleibt zunächst Eigentümer der Geldstücke, vom Gläubiger wird erst dann Besitz und Eigentum erworben, wenn der Prokurator ihm das Geld einhändigt.

Statt dessen kann die Sache auch einen andern Verlauf nehmen. Der Prokurator meldet dem Prinzipal den Vorfall. Prinzipal schreibt wieder: Schuldner sei wohl närrisch, Prokurator möge das Geld ruhig in seinem Geschäftsbetriebe behalten und dem Schuldner Quittung zustellen. Hier erwirbt der Gläubiger mit der Genehmigung Besitz und Eigentum. Diese Wirkung hat die Genehmigung selbst dann, wenn der Schuldner Einspruch erheben sollte. Das Geld kann er nicht zurückverlangen: quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit. Der Schuldner muß sich zufrieden geben, wenn ihm vollgültige Quittung erteilt wird.

Der Satz si mercennarius meus exemit, mihi exemit hat mit dem andern quod per alium accipias te accipere, soweit wir den letzteren bisher betrachtet, insofern eine gemeinschaftliche Grundlage: als wir auf einen außerhalb des Gehülfen vorhandenen Willen hinausgekommen sind. Insofern deckt sich mit beiden Sätzen, wie ich jetzt glaube, ein Ausspruch von Pomponius in fr. 53 de adqu. rer. dom. 41, 1: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet uolentibus nobis possidere adquirimus.

Bisher ist diese Stelle allgemein auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter bezogen worden. Nun kann es zur Zeit des Pomponius eine so allgemeine Stellvertretung noch gar

nicht gegeben haben. Aber handelt denn diese Stelle überhaupt von einem Stellvertreter? Es ist ja gar nicht von einem Willen des Stellvertreters, sondern von unserm Willen die Rede. Die Stelle besagt demnach: wir können durch jeden beliebigen Gehülfen Besitz erwerben, wenn wir wollen. Dies trifft einmal zu für den Lohnarbeiter; bezieht sich aber auch auf den Fall, wenn Geber und Empfangensollender sich über die Person einig sind, durch welche letzterem Besitz erworben werden soll. So umfaßt denn die Regel des Pomponius den Lohnarbeiter wie auch den andern Satz, sofern es bei letzterem auf unsern Willen ankommt. Ganz erschöpft wird dieser Satz freilich nicht, da noch das unmittelbare Eingreifen der Rechtsordnung übrig bleibt.

γ) § 22. Der Rechtssatz.

Sofern der Besitzerwerb sich stützt auf den Willen des Vertreters und Vertretenen, des Gebers und Empfangensollenden bezw. den alleinigen Willen des Arbeitgebers, ist dieser Wille immer nur ein Wollendürfen. Statt dessen kann die Rechtsordnung von einem Willen des Erwerbenden gänzlich absehen und erklären: das in der Person des A bestehende körperliche Verhältnis soll Besitz für B sein. In Wahrheit ist freilich ein solcher Besitz des B regelmäßig nicht viel mehr als ein Besitzanspruch.

Ich beginne mit der Stelle, welche uns die Regel quod per alium accipias te accipere entgegenbringt Ulp. Celsus fr. 3 § 12 de don. i. u. et ux. 24, 1.

Der Schuldner, welcher Auftrag hat, an einen Dritten zu zahlen, will Eigentum bezw. Besitz übertragen; der Empfänger will beides erwerben; der Auftraggeber ist ganz damit einverstanden: aber die Rechtsordnung stellt sich hindernd in den Weg. So bei der Schenkung unter Ehegatten, die in der Weise beabsichtigt ist, daß der Schuldner des Mannes an die Frau zahlt.

Nach Celsus wird der Mann Eigentümer der an die Frau gezahlten Geldstücke, während Africanus bezw. Julianus in

fr. 38 § 1 de sol. 46, 3 das Eigentum des Schuldners zunächst fortdauern ließen. Die Begründung des Celsus: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. Scheuerl in Ihering's Jahrbüchern Bd. 2 S. 10, 13 spricht hier von einem Durchgange des Eigentums: durch Zahlung des Geldes an die Frau sei der Mann Eigentümer des Geldes geworden, der dann breui manu an die Frau tradiert habe. Vgl. dazu Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 305 Bd. 2 S. 143 flg. Savigny, System, Bd. 4 S. 590 flg., denkt an das constitutum possessorium. Ich bin aber zweifelhaft: ob die eine oder andere Erklärung dem Gedankengange des Celsus genau entspricht, und ob die Auffassung des Celsus überhaupt zu halten. Von zwei Handlungen soll sich eine verbergen. Die beiden Handlungen sind: Geben des Schuldners an den Ehemann-Gläubiger und des Ehemannes an die Frau. Wenn sich von zwei Handlungen eine verbirgt, muß die andere übrig bleiben. Das müßte sein entweder ein Geben des Schuldners an den Ehemann oder des Ehemannes an die Frau. In Wirklichkeit liegt aber ein Drittes vor: Geben des Schuldners an die Frau.

Ulpian fr. 15 de reb. cred. 12, 1 behilft sich in einem ähnlichen Falle mit einer Fiktion: uideatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Ebenso Thöl, Handelsrecht, Bd. 1 [6] § 319 S. 1059. Aber mit Fiktionen kommen wir nicht weiter.

Sachgemäß ließe sich der Eigentumsübergang auf den Mann vielleicht in folgender Weise begründen. Mag der Schuldner die Absicht haben, Eigentum auf die Frau zu übertragen, und die Frau die Absicht, das Eigentum zu erwerben, so ist das noch keineswegs ausreichend. Die Eigentumstradition der Römer ist kein abstrakt-dinglicher Vertrag, sondern bedarf einer iusta causa: Vac. poss., Bd. 1 S. 104. Im vorliegenden Falle ist diese causa nur insoweit in Ordnung, als es sich um Bezahlung der Schuld handelt. Nach dieser Richtung hin bestimmt daher die Rechtsordnung den Eigen-

tumsübergang, obwohl der Wille der Handelnden ein ganz anderer war.

Näher berührt uns der Besitz. Wir stoßen auf eine Streitfrage unter den römischen Rechtsgelehrten: Bekker, Recht des Besitzes, S. 95. Es gab eine Ansicht, wonach der beschenkte Ehegatte keinen Besitz erlangen konnte; sie wurde von den meisten verworfen, Paul. fr. 1 § 4 de adq. uel am. poss. 41, 2: quoniam res facti infirmari iure ciuili non potest. Gewiß ist ein körperliches Verhältnis eine Thatsache, aber die Rechtsordnung kann doch dieser Thatsache den Schutz versagen. Freilich, wenn man Dieb und Räuber als Besitzer hinstellte, wie hätte man da mit dem beschenkten Ehegatten anders verfahren sollen! — Für Besitz Julian nach Paulus fr. 1 § 2 pro donato 41, 6; den beschenkten Ehegatten behandelt Julian und mit ihm Ulpian der Erbschaftsklage gegenüber als pro possessore-Besitzer: fr. 13 § 1 de her. pet. 5, 3. — Nach Pedius, dem sich Paulus anschließt, können die geschenkten Sachen vindiciert werden. Aber im Uti possidetis oder Utrubi ist der beschenkte Ehegatte als fehlerfreier Besitzer zu betrachten. Sind die sonstigen Voraussetzungen gegeben, so wird er hier siegen. Demnach könnte ihm der Besitz gar nicht entzogen werden. Der Schenker müßte sich mit dem Schätzungswerte begnügen und obendrein für Entwehrung einstehen: fr. 36 pr. de don. i. u. et. ux. 24, 1. — Wenn der beschenkte Ehegatte sich zur Herausgabe entschließen sollte, sind ihm die nützlichen Verwendungen zu ersetzen: Pomp. fr. 31 § 2 D. 24, 1. — Paul. fr. 26 pr. de don. i. u. et ux. 24, 1 spricht der beschenkten Frau iure ciuili den Besitz ab. Dem entsprechend mit Cassius keine Ersitzung: fr. 1 § 2 pro donato 41, 6; fr. 24 de don. i. u. et ux. 24, 1. Anderswo erklärt Paulus die beschenkte Frau für die Besitzerin, weil er kein Freund von besitzerlosen Zuständen: fr. 1 § 4 de adq. uel am. poss. 41, 2. — Ulpian gewährt der beschenkten Frau, wenn vertrieben, das Unde ui und spricht bei dieser Gelegenheit von naturalis possessio: fr. 1 § 9. 10 de ui 43, 16. Solcher Besitz läßt sich umwandeln in Precaristenbesitz: fr. 32

§ 5 de don. i. u. et ux. 24, 1; Vac. poss., Bd. 1 S. 251. Andererseits lesen wir bei Ulpian, nämlich fr. 46 de don. i. u. et ux. 24, 1: inter uirum et uxorem nec possessionis ulla donatio est. Der Satz mag vornämlich gegen Pedius gerichtet sein. Dem beschenkten Ehegatten kann der Besitz abverlangt werden, mithin siegt er nicht im Uti possidetis bezw. Utrubi. Ebenso erklärt sich die Nichtigkeit der Tradition in fr. 3 § 10 de don. i. u. et ux. 24, 1.

Man hat sich mit der naturalis possessio bei Ulpian viele Mühe gegeben: Windscheid, Pand., Bd. 1[7] § 148 Anm. 12; Wendt, Pand., S. 294; Ubbelohde, Fortſ. von Glück, Bd. 5 S. 30 flg. Meines Erachtens nennt Ulpian den beschenkten Ehegatten Besitzer, insofern er innehat. Der beschenkte Ehegatte muß aber dem Schenker weichen. Insofern ist doch kein Besitz verschenkt, also beim Schenker geblieben. Diese beim Schenker verbliebene possessio ist aber vor allen Dingen ein Besitzanspruch. Aehnlich ist wohl die Auffassung des Paulus gewesen. Beide mögen die Begriffe Besitz und Besitzanspruch nicht scharf auseinandergehalten haben. — Für fehlerfreien Besitz des beschenkten Ehegatten dem Schenker gegenüber Seuffert's Archiv, Bd. 51 Nr. 95.

An fr. 3 § 10 de don. i. u. et ux. 24, 1, welches die Tradition als nichtig hinstellt, lehnt sich unser § 12 mit dem Celsusausspruche. Danach würde denn wohl der Ehemann durch Zahlung des Schuldners nicht bloß Eigentümer, sondern auch Besitzer. Nun will aber die Frau gar nicht für den Mann, sondern für sich erwerben. Der Mann ist mit diesem Erwerbe seiner Frau ganz einverstanden. Der zahlende Schuldner kommt wohl bloß als Gehülfe in Betracht, jedenfalls wäre eine anderweitige Willensmeinung des Schuldners ohne Bedeutung. Wir haben es demnach mit einem Besitzerwerbe zu thun, der sich nicht auf den Willen der Beteiligten zurückführen läßt. Also liegt vor ein unmittelbares Eingreifen der Rechtsordnung. Aehnlich Lenel in Ihering's Jahrb., Bd. 36 S. 111, 112.

Eine weitere Begründung des Celsus: nec nouum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere. Der

Satz hat uns bereits beschäftigt. Hier umfaßt er das unmittelbare Eingreifen der Rechtsordnung und beschreibt in nüchterner Weise das thatsächliche Verhältnis. Man möchte demnach meinen: Celsus hätte sich das celeritate ... occultari sparen können.

Als zweites Beispiel wird angeschlossen: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulauerit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse. Ebenso Pomp. fr. 44 pr. de furtis 47, 2. Da beide Stellen Sabinuscommentaren entlehnt sind, könnte die Entscheidung schon von Sabinus selber herrühren.

Was das furtum anbetrifft, so sind über die von einem falsus procurator begangene Entwendung verschiedene Stellen vorhanden, die man nicht mit einander in Einklang gefunden hat. Allein die in fr. 43 § 1 de furtis gemachte Unterscheidung sieht ganz darnach aus, als ob der zahlende Schuldner um Fehlen der Vollmacht recht wohl wußte. In unserm Falle dagegen suchte der Prokurator zu täuschen. Dies sagen Celsus und Ulpian ausdrücklich und wird bei Pomponius wegen der allgemein angenommenen Entwendung vorauszusetzen sein. Freilich ist auch anlangend den täuschenden Prokurator in fr. 81 § 6 de furtis ein Ausspruch vorhanden, der Schwierigkeiten bereitet hat. Ich nehme zwischen si und nomine eine Lücke an. Die Textverderbtheit hat in den Basiliken Fortschritte gemacht, welche einem Texte mit conuenerit statt circumueniret sich anpassen. Mit entsprechender Ausfüllung der Lücke könnte man auf eine Auslegung hinauskommen, wie sie sich bei Vangerow, Pand., Bd. 3 [7] S. 400 findet. Vielleicht ist so zu ergänzen: Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si (nomine creditoris, cuius se procuratorem esse simulabat, uel alio quocumque modo) nomine quoque ueri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitorem alienum circumueniret. Das quoque scheint nämlich ein anderweitiges Beispiel zu verlangen.

Dem in Frage kommenden Beispiele will ich gleich ein

etwas modernes Gewand umhängen. Ein Reisender kommt zum Kunden K, um Geld einzuziehen. Am folgenden Tage zahlt ein Schuldner des Kunden in dessen Auftrag. Später stellt sich heraus, daß dies der richtige Reisende gar nicht war: er hatte durch ein gestohlenes Notizbuch den Kunden zu täuschen gewußt. Hier soll das gezahlte Geld Eigentum des Kunden geworden und diesem gegenüber die Entwendung vorgenommen sein.

Der Wille des Zahlenden wird der gewesen sein, Eigentum an den Geldstücken auf den Reisenden zu übertragen. Da aber der Rechtsgrund nur so weit in Ordnung, als es sich um Bezahlung der Schuld handelt, wird auch nur insoweit ein Eigentumsübergang angenommen. Pininski, a. a. O. S. 231, möchte das ipsam pecuniam tuam esse für seine Auffassung verwenden, es fehlen indes die Stellvertretungsgedanken.

Besitzerwerb und Eigentumserwerb sind in diesem Falle kaum auseinanderzuhalten. Eine große praktische Tragweite kommt dieser Frage indes kaum zu, da einer längeren Dauer des Kundenbesitzes sich die Gesinnung des Reisenden hindernd in den Weg stellt.

Verwandt ist die schon berührte c. 5 Si quis alteri 4, 50. Bei dieser Stelle haben wir zunächst die Stellvertretungsanschauungen der Gegenwart bei Seite zu legen. Wenn heutzutage jemand einen Kaufvertrag auf den Namen seiner früheren Frau abschließt, so ist damit die Frau als die allein aus dem Kaufe Berechtigte hingestellt. Hier kommt dieser Umstand aber nur so weit in Betracht, als der Verkäufer auf die Frau Eigentum übertragen kann, was unter der Voraussetzung möglich, daß dies noch dem Willen des Mannes entspricht. Hat dieser Wille sich inzwischen geändert, so wird der Uebergabe an die Frau von der Rechtsordnung die Wirkung beigelegt: daß der Mann Eigentum und auch wohl Besitz erwirbt. Denn allein nach dieser Richtung hin ist der Rechtsgrund in Ordnung.

δ) § 23. Geschichtliche Entwicklung.

Der auf einen Gehülfen bezw. unmittelbares Eingreifen der Rechtsordnung hinweisende Satz quod per alium accipias te accipere ist dem Celsus ganz geläufig, und schon Labeo liefert hierfür Beispiele. Hält man daneben, daß einerseits Javolen von einem Besitzerwerb durch freie Stellvertreter gar nichts wissen wollte, und noch zu Gajus' Zeiten wegen des Prokurators Bedenken auftauchten, so läßt sich die Schlußfolgerung nicht umgehen: dieser bis dahin so gut wie gar nicht beachtete Besitzerwerb durch Gehülfen bezw. Rechtssatz ist älter als der Besitzerwerb durch Stellvertreter. Die Entwicklung, welche der Besitzbegriff im allgemeinen durchgemacht hat, spiegelt sich auch hier wieder. Ursprünglich zog man nur das körperliche Verhältnis in Betracht: so gestattete man auch einen Besitzerwerb durch Dritte, indem man Körper durch Körper vertreten sein läßt, ohne auf den Stellvertretungswillen der Dritten Rücksicht zu nehmen.

Der in Frage stehende Satz läßt sich vielleicht noch über Labeo hinaus verfolgen. In Betracht kommt lex agraria vom Jahre 643/111 Zle. 69: tum tantundem modum agri ei, quoi ita emptum esse comperiet[ur, emptoriue ei]us procuratoreue eius herediue quoius eorum de eo agro, quei ager in Africa est, pro eo agro IIuir reddito.

Eine lex Rubria vom Jahre 632/122 oder 631/123 bestimmte, daß auf der Stätte des alten Karthago eine neue Kolonie, colonia Iunonia, gegründet werde. Die Limitation war schon vorgenommen, als sich der Senat der Ausführung widersetzte. Aber der desfallsige vom Senat veranlaßte Gesetzesvorschlag ging nicht durch, und die Kolonisten ergriffen Besitz von ihren Landlosen.

In diese Verhältnisse greift die lex agraria ein. Es wird der Verkauf gewisser afrikanischer Staatsländereien angeordnet, darunter zum Teil der Besitzstand jener Kolonisten. Dies erschien vorzugsweise dann hart, wenn die ursprünglichen Besitzer ihre Landlose bereits wieder verkauft hatten. Solchen Käufern soll der Duumvir Entschädigung durch anderweitigen

afrikanischen Acker gewähren. Neben dem Käufer wird dessen Käufer genannt, sowie die beiderseitigen Erben und der Prokurator. Wegen der Form procuratoreue siehe Vac. poss. Bd. 1 S. 213.

Aus der Gleichstellung des Prokurators mit den übrigen schließt Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rtsw. Bd. 10 S. 112, daß es schon damals einen Besitzerwerb durch stellvertretende Prokuratoren gegeben habe. Ausdrücklich ist nur gesagt, daß der Zweimann an den Prokurator gültig zahlt. Nahe liegt die Vorstellung: daß durch eine solche Landanweisung an den Prokurator derjenige, für den überwiesen wurde, sofort Besitz erwerben solle. Damit haben wir noch nicht den Stellvertreter. Der Zweimann überweist an den Prokurator, ohne daß auf dessen Willen etwas ankommt, und ohne daß der Kolonist seinen Willen erklärt hat. Wir sind erst angelangt bei dem Satze: quod per alium accipias te accipere. Der Wille der Rechtsordnung vertritt den Willen des Empfangensollenden.

b) Das B.G.B

α) Nichthausgenossen.

αα) § 24. Der Stellvertreter.

Der Besitzerwerb durch andere ist im B.G.B. nicht besonders geregelt; wir haben also diese Regelung im Sinne des B.G.B. vorzunehmen. Die Hausgenossen lasse ich zunächst bei Seite.

Was das gemeine Recht anbetrifft, so war man bemüht, durch Anlehnung an den römischen Prokurator die Grundsätze für den Besitzerwerb durch Stellvertretung zu gewinnen. Die Erscheinung ist sehr begreiflich, obwohl das Bestreben seine mißliche Seite hatte: denn im Prokurator bringt uns das römische Recht einen Vertreter ganz eigner Art.

Der römische Prokurator ist erst in allerneuester Zeit in seiner Eigentümlichkeit erkannt worden, und zwar dadurch, daß man ihn den Hausgenossen anreihte. Von diesem Gesichts-

punkte aus ist er vielleicht heute noch zu verwerten — ich werde darauf unten § 27 S. 239 zurückkommen — aber mit dem modernen Stellvertreter, der nicht zu den Hausgenossen zählt, darf er nicht verquickt werden.

Der Gegensatz ist im B.G.B. noch größer geworden. Damit dies möglichst deutlich hervortrete, will ich zuvörderst einige Hauptpunkte hervorheben, die beim römischen Prokurator maßgebend waren. Es schien mir zweckmäßig, diese Sätze des römischen Rechts bis hierher aufzusparen.

I. Der römische Prokurator erwarb nicht bloß für den Prinzipal, wenn er im Namen des Prinzipals, sondern auch wenn er in eignem Namen, aber im Interesse des Prinzipals handelte. Das alicuius nomine der Quellen umfaßt sowohl das eine wie das andere: Neratius fr. 13 de adq. uel am. poss. 41, 2; Pap. fr. 49 § 2 daselbst; Paul. fr. 1 § 20 daselbst, fr. 47 de usurp. 41, 3, Sent. 5, 2 § 2; Ulp. fr. 42 § 1 de adq. uel am. poss. 41, 2, fr. 6 § 1 de prec. 43, 26; c. 1 de adq. et ret. poss. 7, 32. In c. 1 Si quis alteri 4, 50 kauft ein Vater Grundstück und Sklaven für die Mutter, matris tuae nomine, d. h. im Interesse der Mutter. Auch in anderen Stellen dieses Titels hat nomine, sofern es von Dritten gebraucht wird, mehrfach diese Bedeutung. Vgl. Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte, S. 34 flg.; Lenel, a. a. O. S. 80 flg.

Der Besitzerwerb durch Stellvertreter beschränkt sich nach römischem Rechte zunächst auf Generalvertreter, den Specialbevollmächtigten bringt erst das Justinian'sche Recht mittelst der Interpolation per liberam personam. Auf diese Frage ist Lenel merkwürdigerweise gar nicht eingegangen.

Nach Schloßmann, Besitzerwerb, S. 111 lag in der Bestellung zum Prokurator weder ein specielles noch ein generelles Mandat. Allein seitdem es ein allgemeines Mandat gab, werden wir die Bestellung zum Prokurator demselben nicht entziehen können. Indessen ist ein allgemeiner Auftrag in verschiedenem Sinne denkbar. Was gewöhnlich Rechtens war, konnte im einzelnen Falle gesteigert werden. Eine solche

Steigerung war die Einräumung der Verwaltung: Stellen bei Schloßmann a. a. O. S. 112 flg. Es verhält sich mit den Prokuratoren wie mit den Sklaven: oben § 20 S. 208. Die gleiche Behandlung der Sklaven und Prokuratoren tritt uns auch hier entgegen: Vac. poss., Bd. 1 S. 214 flg.

Ein Prokurator konnte entweder seinem Auftrage gemäß handeln oder ohne solchen zu Werke gehen. Im letzteren Falle kamen die Grundsätze der negotiorum gestio zur Anwendung. Selbst die Möglichkeit ist nicht fern zu halten, daß jemand lediglich als negotiorum gestor sich zum Prokurator aufwarf.

So verstehe ich den quemlibet bei Ulp. fr. 25 § 3 de aed. ed. 21, 1: Procuratoris fit mentio in hac actione: sed Neratius procuratorem hic eum accipiendum ait, non quemlibet, sed cui uniuersa negotia aut id ipsum, propter quod deterius factum sit, mandatum est. Ueberhaupt wird die ganze Rechtsbildung ihren Ausgang genommen haben von der negotiorum gestio: der als negotiorum gestor zu beurteilende Prokurator war ein Vorläufer des Mandatars. Und diesen seinen Ursprung hat noch der Prokurator der spätern Zeit nie ganz verleugnet.

Im Falle eines General- wie Specialmandates erwirbt ein Prokurator im Augenblicke der Besitzergreifung Besitz für seinen Auftraggeber, ohne daß dieser von der Besitzergreifung Kenntnis zu haben braucht: Vac. poss., Bd. 1 S. 217. Auszunehmen ist die Ersitzung: c. 1 de adq. et ret. poss. 7, 32. Nach dieser Richtung hin trat beim Prokurator eine andere Behandlung ein als bei Sklaven und sonstigen Gewaltunterworfenen: Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1 S. 416 flg. Anlangend den ohne Auftrag handelnden Prokurator hat sich die Sache dahin entwickelt, daß zum Besitzerwerbe des Herrn dessen Genehmigung erforderlich.

Der Prokurator war jedenfalls dann bloßer Detentor, wenn er im Auftrage gehandelt hatte.

II. Diesen im römischen Rechte für den Prokurator geltenden Sätzen gegenüber will ich jetzt den Standpunkt des B.G.B. zu gewinnen suchen.

Vertretungsgrundsätze, welche überall zuträfen, bringt das B.G.B. nicht. Die Vertretungsgrundsätze des allgemeinen Teiles im fünften Titel des dortigen Abschnittes §§ 164 bis 181 sind für Rechtsgeschäfte aufgestellt. Der Besitzerwerb als solcher ist kein Rechtsgeschäft: siehe oben § 15 S. 91. Deshalb kann es sich nicht um eine unmittelbare, sondern immer nur um eine sinngemäße Anwendung handeln; um eine Anwendung, soweit die Natur des Besitzes dies zuläßt: Guttentag, Protokolle für die zweite Lesung, Bd. 3 S. 33.

Ein unmittelbarer Besitzerwerb des Vertretenen setzt diesen Grundsätzen zufolge voraus: daß die Willenserklärung von jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgegeben wurde. Ob die Erklärung ausdrücklich erfolgte oder sich aus den Umständen ergiebt, macht keinen Unterschied: es kommt in Betracht der Wille im Rechtssinne.

Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so hat der Betreffende in eignem Namen gehandelt, wenn er auch gar nicht die Absicht hatte: denn die innere Gesinnung als solche ist kein Wille im Rechtssinne. B.G.B. § 164, vgl. oben § 10 S. 73.

Die Vertretungsmacht kann beruhen auf Vertrag oder eine unmittelbar gesetzliche sein. Auch der Vormund muß im Namen des Mündels handeln, wenn er für diesen unmittelbar Besitz erwerben will.

Die Erteilung der Vollmacht erfolgt entweder durch Einzelerklärung oder Erklärung dem Publikum gegenüber. Die Einzelerklärung richtet sich entweder an den zu Bevollmächtigenden oder den Dritten: § 167. Die Vollmacht lautet entweder allgemein oder beschränkt sich auf einzelne Fälle.

Vollmacht und Auftrag brauchen sich nicht zu decken. Die Vollmacht kann weiter sein, als der Auftrag. Die Vollmacht kann ganz fehlen, obwohl ein Auftrag vorhanden. Es hat z. B. jemand einen andern beauftragt, eine Sache zu kaufen, er soll aber den Namen des Auftraggebers nicht nennen.

Ist im Namen eines andern gehandelt, ohne daß die Vollmacht in Ordnung, so wird für den andern zunächst kein Besitz erworben. Der andere erlangt indes den Besitz durch nachträgliche Genehmigung. B.G.B. § 177 Abs. 1.

Der Besitz des Vertretenen ist nur mittelbarer Besitz. Dies folgt aus der Natur des Besitzes, wie ihn das B.G.B. hingestellt hat. Solange das körperliche Verhältnis beim Vertreter gegeben, ist dieser der eigentliche Besitzer.

Ich hatte bisher nur die unmittelbare Stellvertretung vor Augen, anders verhält es sich mit der bloß mittelbaren: siehe oben § 18 Z. I, 13 S. 151. Handelte jemand im Auftrage, aber ohne Vollmacht, so wird der Auftraggeber kein mittelbarer Besitzer. Er erlangt an sich nur einen persönlichen Anspruch gegen den Beauftragten. Dieser persönliche Anspruch unterscheidet sich freilich wesentlich von der Geldabfindungsklage des römischen Rechtes, da er auf die Sache selber gerichtet wird.

Der mittelbare Besitz wird dem Vertretenen erworben, ohne daß es einer desfallsigen Anzeige bedarf: adquiritur etiam ignoranti.

In Gemäßheit von § 166 Abs. 1 muß dies von dem zur Ersitzung führenden Eigenbesitze ebenfalls gelten.

III. Wie oben § 20 S. 201 bemerkt, sind dem römischen Prokurator der tutor und curator angegliedert worden. Dadurch kamen diese in eine ganz schiefe Stellung. Denn der freie Prokurator ist immer eine Art von Hausgenosse geblieben. Dagegen der Mündel wird nur ausnahmsweise vom Vormunde erzogen; und wenn dies geschieht, ist nicht der Vormund Hausgenosse des Mündels, sondern der Mündel Hausgenosse des Vormunds.

Für den heutigen Vormund gelten die allgemeinen Grundsätze der Stellvertretung, wie sie sich bei uns herausgebildet haben und auf Grund des B.G.B. zu entwickeln sind. So kann denn auch ein Vormund einem Mündel die Ersitzungsmöglichkeit verschaffen. Vgl. § 16 S. 104.

Bei den Römern entstanden hier Schwierigkeiten. Paul.

fr. 4 § 2 de usurp. 41, 3 verlangte einen animus possidendi des Kindes. Eine Aushülfe bot der Sklave. Pomponius fr. 28 de usurp. 41, 3. Si seruo furiosi uel infantis res tradita sit, usu per eum eas personas capere posse constat. Interpoliert Ulp. fr. 2 de adq. uel am. poss. 41, 2: Vac. poss., Bd. 1 S. 232. Ulpian schrieb vielleicht quod eis per seruum adquiratur statt des Schlußsatzes idque . . . adquiratur.

ββ) § 25. Der Gehülfe.

Der Besitzerwerb durch Gehülfen ist ebenfalls nicht zu entbehren.

Wir können durch jeden beliebigen Gehülfen Besitz erwerben, wenn wir wollen. Dieser allgemeinere Satz zerlegt sich in zwei andere. Erster Satz: Wenn Geber und Empfangensollender sich einig sind, geht der Besitzerwerb nicht bloß ohne den Willen, sondern selbst gegen den Willen des Gehülfen vor sich. Zweiter Satz: Der Lohnarbeiter erwirbt Besitz für den Arbeitgeber, so weit dessen Wille reicht; auf den Willen des Gehülfen kommt nichts weiter an.

Die Beispiele, die schon im römischen Rechte vorhanden, lassen sich leicht mehren.

Ein Gutsbesitzer bestellt sich bei seinem Schneider einen neuen Anzug; läßt seine Taschenuhr beim Uhrmacher, damit er sie einmal untersuche: Anzug und Uhr sollen demnächst zum Krämer N geschickt werden, wo der Gutsbesitzer auch andere Sachen abholen lasse. Wird der Anzug und die Uhr beim Krämer abgegeben, so erwirbt der Gutsbesitzer damit am Anzuge neuen Besitz, während er bereits Besitzer der Uhr war. Die geistige Thätigkeit des Krämers ist in beiden Fällen dieselbe, er kommt nur als Gehülfe in Betracht.

Ich schicke einen Dienstmann aufs Zollamt. Das eine Mal, um Haarlemer Blumenzwiebeln zu holen, die ich bestellte; das andere Mal wegen Bücher, die ich mir von einer holländischen Universität geliehen. Ich erlange hier nach römischem Rechte das eine Mal Besitz, das andere Mal Detention; nach

dem B.G.B. ganz verschiedenartigen Besitz, teils Dauerbesitz, teils Zeitbesitz: obwohl die geistige Thätigkeit des Dienstmannes in beiden Fällen genau dieselbe.

Jemand kauft ein Gut, das er verpachtet, der Verkäufer soll es dem Pächter übergeben. Es ist möglich, daß der Käufer durch Uebergabe an den Pächter erst Besitz erlangt, er konnte aber auch schon Besitzer sein: die Willensthätigkeit des zuziehenden Pächters ist keineswegs das Entscheidende.

Der Besitzerwerb des Lohnarbeiters bedarf weiterer Entwicklung. Wer einen Steinbruch gepachtet hat, wird Besitzer der Steine, welche seine Leute brechen; wer Bäume gekauft hat, wird Besitzer durch die Leute, welche sie fällen. Was von einem fremden Steinbruch, einem fremden Walde, muß ebensogut vom eignen Steinbruch und eignem Walde gelten; was von diesen, auch von andern Grundstückserzeugnissen. Der Arbeiter, welcher Korn mäht oder Obst pflückt, macht damit ohne weiteres den Eigentümer bezw. Besitzer des Gutes oder Gartens zum Besitzer.

Ferner ist nicht einzusehen, warum wir uns auf Grundstückserzeugnisse beschränken wollen. Hierher gehört der Fischerknecht, welcher Fische fängt, sowie der Jägerbursche, welcher Wild erlegt. Wir berühren damit aber schon die Hausgenossen, auf die noch besonders eingegangen werden soll.

Sodann verdient Beachtung die Zerlegung einer Sache: Czyhlarz, Fortsetzung von Glück, Bd. 1 S. 260. Vom Abfallholze und den Spänen auf dem Grundstücke eines Bauherrn wird dieser Besitzer: selbst wenn die Zimmerleute die Abfälle vorher schon verkauft haben sollten, also gar nicht die Absicht hatten, den Bauherrn zum Besitzer zu machen.

In all diesen Fällen, wo der Lohnarbeiter für den Arbeitgeber Besitz erwirbt, ist indes Voraussetzung: daß die Thätigkeit sich innerhalb des Auftrages bewegt. Einen Schatz würde ein solcher Arbeiter für sich, nicht für den Arbeitgeber finden: er müßte denn zum Schatzgraben besonders angestellt sein.

Der Besitz, den uns ein Gehülfe erwirbt, ist nach Lage der Sache in unserer Person entweder eigentlicher Besitz oder

bloß mittelbarer. Der Krämer, bei dem Uhr und Anzug abgegeben werden; der Dienstmann, welcher aufs Zollamt geht; der Pächter, an den das Gut übergeben wird; die Leute, welche in einem fremden Walde Bäume fällen: alle diese sind die eigentlichen Besitzer, während für uns zunächst nur mittelbarer Besitz übrig bleibt. Dagegen wer auf eignem oder gepachtetem Steinbruche für uns Steine bricht, macht uns sofort zum eigentlichen Besitzer der Steine; ebenso ist der Bauherr sofort eigentlicher Besitzer des Abfallholzes.

$\gamma\gamma$) § 26. Der Rechtssatz.

Die Rechtsordnung kann von dem Willen des Erwerbenden wie sonstigem Willen absehen und erklären: das in der Person des A bestehende körperliche Verhältnis soll Besitz für B sein. Mit dieser Möglichkeit ist auch dem B.G.B. gegenüber zu rechnen.

Ob freilich die Beispiele, die ich aus dem römischen Rechte vorführte, für das B.G.B. noch vorhanden sind? Der in c. 5 Si quis alteri 4, 50 vorgetragene Rechtssatz ist durch die Grundsätze der heutigen Stellvertretung überholt. Das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten ist beseitigt. Bleibt nur noch der Anweisungsfall zu betrachten.

Ein Gläubiger giebt seinem Schuldner Auftrag, an jemand zu zahlen, der sich für einen Prokurator, Reisenden desjenigen ausgiebt, der vom Anweisenden zu fordern hat. Die römischen Rechtsgelehrten waren verschiedener Ansicht. African in fr. 38 § 1 de sol. 46, 3 läßt den zahlenden Schuldner zunächst Eigentümer der Geldstücke bleiben, Ulpian und Celsus in fr. 3 § 12 de don. i. u. et ux. 24, 1 treten ein für Eigentum des Anweisenden: siehe oben § 22 S. 220. Wendt, Anweisungsrecht, S. 42 möchte den Widerspruch des Africanus bei Seite schieben und sich 'für heute lediglich an Celsus, Julianus, Pomponius und Ulpianus halten'. Von den Genannten wäre Julianus wohl zu streichen und vielmehr dem Africanus zuzuzählen: Lenel, a. a. O. S. 100, 110.

Mir ist fraglich, ob wir uns überhaupt an eine von beiden

Ansichten zu kehren haben. Der angewiesene Schuldner will Eigentum an den sich fälschlich für einen Reisenden, Prokurator Ausgebenden übertragen, und dieser will das Eigentum erwerben. Das genügt nach dem B.G.B. § 229 vollkommen zum Eigentumsübergange. Der Anweisende hat zwar eine Klage gegen den Reisenden, aber nicht furti, sondern de dolo. Die Handlungsweise des Reisenden ist ferner strafbar, aber nicht als Unterschlagung, sondern Betrug: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 15 Nr. 127.

So entfielen denn für das heutige Recht sämmtliche aus dem römischen Rechte beigebrachten Beispiele. Ein heutiges Beispiel liefert indes vielleicht das Kommissionsgeschäft.

Der Kommissionär schließt in eignem Namen für Rechnung eines Auftraggebers Handelsgeschäfte: H.G.B. § 383. Forderungen aus einem Geschäfte, welches der Kommissionär abgeschlossen hat, sind zunächst seine Forderungen. Aber im Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär bezw. dessen Gläubigern gelten solche Forderungen als Forderungen des Kommittenten: H.G.B. § 392, Seuffert's Archiv, Bd. 43 Nr. 207. Insonderheit kann der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs als Aussonderungsberechtigter auftreten: K.O. §§ 43. 46. Insofern sind es, materiell genommen, doch wieder Forderungen des Kommittenten.

Ebenso ist meines Erachtens der Fall zu entscheiden, wenn der Einkaufskommissionär eine Sache gekauft hat und Konkurs macht, nachdem er Deckung erhalten: Societas publicanorum, Bd. 1 S. 159. Dies ist gar nicht einmal auf individuell bestimmte Sachen zu beschränken. Denn wenn dem Kommittenten materiell die Kaufforderung gehörte, muß auch nach Erfüllung dieser Kaufforderung der an den Kommissionär übergebene Gegenstand materiell im Eigentum des Kommittenten stehen. Vom Eigentumserwerb läßt sich der Besitzerwerb kaum trennen: dem materiellen Eigentume würde mittelbarer Besitz entsprechen.

Nicht anders steht die Sache, wenn der Verkaufskommissionär eine Geldzahlung entgegennimmt. Die ihm vom Käufer eingehändigten Geldstücke sind materiell Eigentum des Kommittenten.

Die Erben eines Kommissionärs versiegeln das für verkaufte Aktien eingegangene Geld und versehen den Pack mit der Aufschrift 'Herrn W. Günther, M. 10683,50, Erlös für verkaufte Aktien.' In Bezug auf diesen Pack kann W. Günther im Konkurs als Aussonderungsberechtigter auftreten. So ist richtig vom Reichsgericht entschieden: Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 24 Nr. 62 S. 307 flg. Aber die Begründung ist nicht zu billigen: weil die Erben den Willen hatten, das Geld für den Kommittenten in Besitz zu nehmen. Materielles Eigentum und mittelbarer Besitz wurden bereits dem Kommittenten im Augenblicke der Zahlung von Rechts wegen erworben. Die Siegelung diente nur dazu, schon vorhandenes Eigentum unvermischt zu erhalten.

Der Fall, welcher zu entscheiden war, liegt insofern noch etwas verwickelter, als das für die Aktien eingegangene Geld zunächst zur Kasse gebracht und mit anderem Gelde vermischt wurde. Dadurch ändert sich aber die rechtliche Beurteilung nicht wesentlich. Denn diese Vermischung schuf nach § 948 verhältnismäßiges Miteigentum, und auch das Miteigentum erzeugt einen Aussonderungsanspruch.

Aehnlich die Cession und das Indossament zum Inkasso: Seuffert's Archiv, Bd. 46 Nr. 91, Bd. 49 Nr. 113. Derjenige, dem eine Forderung zum Inkasso cediert worden, ist nur formell der Berechtigte; materiell bleibt es der Cedent, dem daher ein Aussonderungsrecht im Konkurse zusteht. Dieses Aussonderungsrecht muß sich miterstrecken auf die eingezahlten Geldstücke, soweit dieselben als solche vorhanden.

Unter denselben Gesichtspunkt fällt der von Lenel a. a. O. S. 62 mitgeteilte Fall. Ein Bankier hatte von verschiedenen Kunden Coupons zum Inkasso angenommen, die eingegangenen Gelder in besonderen Umschlägen mit entsprechender Aufschrift bei Seite gelegt. Das Gericht erkannte den Aussonderungsanspruch an und gab damit ein ganz sachgemäßes Urteil ab. Durch Einhändigung derartiger Coupons zum Inkasso wird eine Forderung nur formell auf den Bankier übertragen, materiell bleibt sie den Auftraggebern.

Beispiele aus dem Versicherungsrechte.

A ist bei der Gesellschaft X versichert, diese hat Rückversicherung bei der Gesellschaft Y genommen. Wenn die Gesellschaft X in Konkurs gerät, so hat A ein Aussonderungsrecht in Bezug auf dasjenige, was die Gesellschaft X wegen A von der Gesellschaft Y zu fordern hat; mithin auch wegen der bereits gezahlten Geldstücke, soweit dieselben noch vorhanden. Vgl. Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, S. 48.

Bei einer zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Lebensversicherung hat der Dritte ein Aussonderungsrecht: Seuffert's Archiv, Bd. 42 Nr. 52.

Ein weiteres Beispiel bei Kohler a. a. O. S. 49. In einer Fabrik wird eine besondere Kranken- oder Alterskasse gebildet. Im Konkurse der Fabrik haben die Interessenten ein Aussonderungsrecht wegen einer solchen Kasse: sowohl wegen des baaren Geldes, wie der ausstehenden Forderungen. Beides gehört zwar formell dem Fabrikherrn, aber materiell den Interessenten.

Der Anspruch auf die Gegenleistung, welchen K.O. § 46 bei Veräußerung einer fremden Sache gewährt, wird auf den Fall mitzuerstrecken sein: wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung die Forderung einzog, und das Eingezogene als solches noch vorhanden ist.

Sodann gedenke ich des Verfolgungsrechtes, das die K.O. § 44 anerkannt hat. Durch Begebung der Konnossemente geht das Eigentum der betreffenden Güter auf denjenigen über, welcher zur Empfangnahme als legitimiert erscheint; sobald die Güter von dem Schiffer oder einem anderen Vertreter des Rheders zur Beförderung übernommen sind: H.G.B. § 647. Der absendende Verkäufer bezw. Einkaufskommissionär verlieren damit gleichzeitig den Besitz. Siehe oben § 18 Z. I 9 S. 140. Diese Wirkungen der Konnossementsübergabe können rückgängig gemacht werden auf Grund des Verfolgungsrechtes von den Absendern, die wegen des Kaufpreises noch nicht vollständig befriedigt sind, wenn über das Vermögen desjenigen, für den

die Güter bestimmt, solange diese unterwegs, der Konkurs eröffnet wird: Lewis, Das deutsche Seerecht, Bd. 1 S. 385 flg. Das verliehene Verfolgungsrecht macht die Absender wieder zu mittelbaren Besitzern und Eigentümern.

Von dem Besitze, den der Erbe bei Erbfällen von Rechts wegen erwirbt, war schon früher die Rede: siehe oben § 19 insonderheit Nr. IV S. 185.

β) § 27. Hausgenossen.

Die Hausgenossen haben uns schon einmal beschäftigt. Sie kommen nach § 855 für die Besitzausübung in Betracht. Den besitzausübenden Hausgenossen waren verschiedene andere Personen anzureihen: siehe oben § 4 S. 36. Beim Besitzerwerbe haben wir uns auf die eigentlichen Hausgenossen zu beschränken.

Die besitzerwerbenden Hausgenossen sind teils die Familienangehörigen, teils Dienende. Die letzteren fallen wohl zusammen mit den Personen der K.O. § 61 Nr. 1, welche sich für jemandes Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zur Leistung von Diensten verdingen. Es gehören dahin die eigentlichen Dienstboten, Gesellen und Lehrlinge, Fabrikarbeiter, Handlungsdiener, geistige Arbeiter, z. B. Hauslehrer; selbst der Laufjunge ist nicht auszunehmen, wenn sein Dienst auch nur einzelne Stunden des Tages umfaßt.

Die dienenden Hausgenossen vertreten bei uns die Stelle der römischen Sklaven. So entspricht denn der Begriff Hausgenosse ungefähr dem, was die römische potestas umfaßte. Nur daß wir heute die Frau nicht außer Spiel lassen dürfen und für das römische Recht noch den Prokurator mit hinzunehmen müssen.

Es ist ein Mangel unserer Litteratur, wenn man sich einerseits bei dem Satze beruhigt: 'heutzutage giebt es keine Sklaven mehr', andererseits sich um unsere Dienstboten u. s. w. nicht bekümmert. Insonderheit macht sich diese Lücke beim Besitzerwerbe bemerkbar. Unseren heutigen Dienstboten fällt beim Besitzerwerbe eine ähnliche Rolle zu, wie den römischen Sklaven.

Die Stellvertretung durch freie Personen hat sich bei den Römern, wie wir gesehen, eigentümlich entwickelt. Der römische Prokurator ist aus dem Sklavenstande hervorgegangen und immer eine Art von Hausgenosse geblieben. Diesem Prokurator sind angereiht der tutor und curator, endlich erfolgt die Interpolation der libera persona. So verrät denn die gesammte römische Stellvertretung ein hausgenossenschaftliches Gepräge.

Trotzdem haben sich auf dem Gebiete des gemeinen Rechts für den Vertreter, der kein Hausgenosse, gesunde Grundsätze gebildet: wenn auch das fortwährende Bestreben, mit dem römischen Rechte einigermaßen in Einklang zu bleiben, sie nicht immer rein zur Geltung kommen ließ. Im B.G.B. ist man bemüht gewesen, auf den gemeinrechtlichen Grundlagen fortzubauen.

Jetzt droht aber eine andere Gefahr, wenn man versuchen wollte, was auf den Nichthausgenossen zugeschnitten, ohne weiteres auch beim Hausgenossen anzuwenden. Wir würden dann in den entgegengesetzten Fehler der Römer verfallen. Für Hausgenossen wollen diese Sätze nicht immer passen. In dieser Beziehung thäte man besser, sich an den römischen Prokurator zu halten. Schon Lenel, a. a. O. S. 90 flg., hat die von den Prokuratoren geltenden Grundsätze auf unsere Dienstboten und Geschäftsangestellten zur Anwendung gebracht.

Auf diese Weise käme der Prokurator wieder zu Ehren, den man der modernen Stellvertretung gegenüber nur mit größter Vorsicht benutzen darf. Stellen wir ihn neben unsere Hausgenossen, so wird er für uns eine verständliche Persönlichkeit; und was die römischen Rechtsgelehrten über ihn vortragen, verdient vielleicht heute noch einige Beachtung.

Hausgenossen können für uns Besitz erwerben als Stellvertreter oder Gehülfen. Der Besitzerwerb kann sich vollziehen im Hause und außerhalb des Hauses.

I. Unsere Köchin, welche von der Hausfrau zu Markt geschickt wird, ist der richtige Prokurator. Sie soll Eier und Butter kaufen. Sie kauft außerdem ein Huhn, das ihr sehr

preiswürdig vorkommt. In letzterer Beziehung ist sie kein Geschäftsführer. Neben den besonderen Aufträgen geht ein allgemeiner her, für die Bedürfnisse der Küche zu sorgen. Vielleicht kommt der Huhnkauf der Hausfrau gar nicht gelegen; sie hatte, während die Köchin abwesend, Gelegenheit, von einer Bauersfrau im Hause zwei Hühner käuflich zu erstehen: um deswillen darf sie nicht das von der Köchin gemäß eines allgemeinen Auftrages gekaufte Huhn zurückweisen.

Außer den Bedürfnissen der Küche kann anderes dem Wirkungskreise einer Köchin unterstellt sein. Ihr Weg vom Markte führt sie am Seifensieder vorbei; sie bringt einige Pfund Seife mit, weil ihr einfällt, daß keine mehr vorhanden und nächstens wieder gewaschen wird. In dieser Beziehung handelt sie ebenfalls in Ausführung eines allgemeinen Auftrages. Sie hat vielleicht schon gezankt bekommen, als einmal bei der Wäsche die Seife nicht ausreichte: 'Nun sind Sie zehn, zwanzig Mal beim Seifensieder vorbeigegangen und hätten doch wohl einmal daran denken können, Seife mitzubringen.'

Neben den besonderen Aufträgen der Hausfrau besteht fortwährend der allgemeine Auftrag. Die Hausfrau reist ins Bad, indem sie Mann und Kinder zu Hause läßt. Jetzt wird die Stellung der Köchin eine viel selbständigere, die besonderen Aufträge der Hausfrau kommen während ihrer Abwesenheit mehr in Wegfall. Folgen gar Mann und Kinder der Hausfrau ins Bad, so erlangt die Köchin dem übrigen Gesinde gegenüber völlig freie Hand.

Die Verträge, welche die Köchin außerhalb des Hauses abschließt, werden häufig im Namen der Hausfrau geschlossen sein, meistens werden es die Umstände ergeben. Dem entsprechend erfolgt dann auch der Besitzerwerb im Namen der Hausfrau. Die Marktweiber kennen die Köchin schon und wissen, bei wem sie dient; sie reden sie wohl gleich als Herrschaft an 'Frau Professor', 'Frau Doktor' u. s. w. Dieser Abschluß im Namen der Herrschaft ist aber keineswegs erforderlich; es verhält sich wie mit dem römischen Prokurator: es

genügt, daß für die Herrschaft gekauft wurde. Vgl. Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 20 Nr. II.

Hierher gehören die beiden Beispiele bei Eck, Ueber den Entwurf eines B.G.B., Allgemeiner Teil, S. 66. Eine Hausdame kauft und bezahlt silberne Löffel, ohne die Vollmacht zu erwähnen. Ein Diener, der eine Uhr gekauft, ohne den Vollmachtgeber zu nennen, stirbt auf dem Heimwege. Eck entscheidet in derselben Weise, aber aus andern Gründen.

Eine Hausfrau schickt ihr Stubenmädchen in einen Schuhladen, um für sie Schuhe zu kaufen. Sie soll sie gleich anprobieren: denn die Hausfrau weiß, daß die Schuhe, welche ihrem Mädchen, auch ihr passen. Die Schuhe werden gleich bezahlt; der Schuhmacher denkt nicht anders, als daß das Mädchen die Schuhe für sich haben wollte. Trotzdem hat das Stubenmädchen schon im Schuhladen Besitz und Eigentum für die Hausfrau erworben.

Als Bismarck in Frankfurt a. M. im Schwan abgestiegen war, um die Friedensverhandlungen mit Frankreich zu Ende zu führen, verlangte er ein Tintenfaß. Der Kellner rannte eiligst in den ersten besten Laden, kaufte für sein Geld ein Tintenfaß, um es Bismarck zu überreichen. Dieses Tintenfaß beanspruchte später der Kellner als sein Eigentum, der Wirt wollte es ihm aber nicht aushändigen. Wem gehört das Tintenfaß? Ich sage dem Wirte. Allerdings hat der Kellner für sich erwerben wollen. Aber solche selbständigen Entschlüsse, die in den Geschäftsbetrieb des Wirtes hineinreichen, darf ein Kellner gar nicht fassen; er kommt nur als Geschäftsführer in Betracht, wenn nicht gar der fragliche Kauf vom allgemeinen Auftrag umfaßt werden sollte.

Was uns so vom hausgenossenschaftlichen Standpunkte aus einleuchtet, unterfällt zugleich einer Bestimmung des H.G.B. § 61: ‘Der Prinzipal . . kann . . verlangen, daß der Handlungsgehülfe die für eigne Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse.’

Nach dem Grundgedanken unseres Bürgerlichen Gesetzbuches erwirbt die Köchin Besitz an den auf dem Markte ge-

kauften Sachen, während der römische Prokurator nur Detentor wurde. Der Besitz der Hausfrau ist nur ein mittelbarer, der erworben wird, schon bevor die Hausfrau etwas von den Einkäufen weiß.

Sobald die Köchin mit ihren Einkäufen das Haus betritt, kommt § 855 zur Anwendung. Von nun an ist die Hausfrau eigentliche Besitzerin, während sich der Besitz der Köchin in Innehabung umwandelt. Man könnte auch an einen Besitz des Hausherrn denken. Mir erscheint es aber natürlicher in Bezug auf den Erwerb von Sachen, welcher sich nach § 1357 Abs. 1 der Schlüsselgewalt einreiht, selbst bei vorhandener Verwaltungsgemeinschaft die Frau als Besitzerin hinzustellen.

Strohal in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 38 S. 6, hält es für einen zweifellosen Fall unselbständiger Innehabung: 'wenn das Dienstmädchen . . für den Dienstherrn am Markte Waren einkauft und heimbringt.' Es handelt sich hier um einen Besitzerwerb, den Strohal von der Besitzausübung hätte trennen müssen; und für den eigentlichen Besitzerwerb des Dienstherrn ist nicht das Einkaufen, sondern das Heimbringen die entscheidende Handlung.

Ein anderes Beispiel dieser Art. Der Schneiderlehrling, dem der Kunde Sachen zur Ausbesserung mitgiebt, wird zunächst Besitzer dieser Sachen; der Besitz des Meisters entsteht erst, wenn die Sachen in seine Werkstatt gelangen. Dem Kunden verbleibt mittelbarer Besitz sowohl dem Lehrling wie dem Meister gegenüber. Ferner mag hingewiesen sein auf den Handlungsreisenden, welcher für den Prinzipal Gelder einzieht.

Auch E. Frank, Der Besitzwille, S. 24 flg., hat meines Erachtens den § 855 unrichtig aufgefaßt.

Ich betrachte jetzt den Erwerb der Hausgenossen im Haushalt oder Erwerbsgeschäft und wähle als Beispiel zunächst einen Ladendiener.

Die Erteilung der Vollmacht geschieht hier durch Erklärung dem Publikum gegenüber, und zwar regelmäßig still-

schweigend. Wer jemand in seinem Laden anstellt, erklärt damit dem Publikum, daß der so Angestellte ermächtigt sein solle, Verkäufe u. s. w. vorzunehmen, wie sie in einem derartigen Laden zu geschehen pflegen: Mora des Schuldners, Bd. 1 S. 233.

Der Ladendiener wird nicht Besitzer des Geldes, das er einnimmt, sondern bloßer Innehaber. Den Besitz des Geldes erwirbt der Prinzipal, sobald es dem Ladendiener eingehändigt wurde: schon bevor es in die Kasse gethan und ohne daß der Prinzipal um diesen Erwerb zu wissen braucht.

Aehnlich verhält es sich mit den Postbeamten. Wenn ich eine Posteinzahlung mache, so wird der Besitzträger des Staates Besitzer des Geldes, sobald ich es am Schalter dem Postbeamten übergeben: selbst wenn dieser bei Annahme des Geldes Unterschlagungsgedanken haben sollte und die Unterschlagung wirklich ausführt.

II. So viel von den stellvertretenden Hausgenossen. Sie kommen nicht minder als Gehülfen beim Besitzerwerbe in Betracht: indem sie teils als Boten benutzt werden, teils als Arbeiter angestellt sind.

Als Bote wird benutzt der Austräger einer Buchhandlung, welcher Bücher oder Zeitschriften von den Kunden wieder abholt. Ebenso der Schneiderlehrling, welcher Kleidungsstücke verlangte, wegen deren Ausbesserung, Aenderung der Kunde mit dem Meister Rücksprache genommen hatte.

Der Hausgenosse, welcher Korn mäht oder Obst pflückt; der Fischerknecht, welcher Fische fängt; der Jägerbursche, welcher Wild erlegt: alle machen damit ohne weiteres den Hausherrn zum Besitzer.

Die Verarbeitung oder Specifikation kümmert uns hier kaum, da der Besitz am Stoffe bereits voraufgeht und der Besitz an der verfertigten Sache doch wohl kein neuer zu nennen. Man denke an den Marmorblock, aus dem eine Büste entsteht: ist das nicht immer derselbe Besitz?

Der Bäckergeselle, welcher aus dem Mehle des Bäckers den Teig formt und Brod bäckt, hat fortwährend Besitz des

Bäckers unter Händen. Wenn die Hausfrauen für ihre Weihnachtsstollen den Teig zum Bäcker schicken, so ist nach römischem Rechte der Bäckermeister bloßer Innehaber, und ebenso verhält es sich mit dem Bäckergesellen. Nach dem B.G.B. ist der Bäckermeister hier ebenfalls Besitzer, aber seinem Besitze steht ein mittelbarer zur Seite.

Der Besitz, den die Hausgenossen als Gehülfen erwerben, ist nach Lage der Sache für den Hausherrn entweder eigentlicher oder bloß mittelbarer.

Von den Hausgenossen, welche für den Erben Besitz erwerben, war früher schon die Rede: siehe oben § 19 Nr. IV, 1 S. 185.

Dritte Abteilung.

Umwandlung in Besitz und Innehabung.

---

§ 28. Vorbemerkung.

Bei der Besitzerwerbung, die wir bisher betrachteten, soweit sie auf dem körperlichen Verhältnis beruht, setzten wir voraus, daß das körperliche Verhältnis in der Person des Erwerbers neu entstand. Daneben giebt es noch eine Umwandlung in Besitz, die in doppelter Weise möglich: eine bloße Innehabung wird Besitz; oder jemand, der schon Besitzer, wird ein Besitzer anderer Art. Die letztere Besitzumwandlung ist in der bisherigen gemeinrechtlichen Litteratur nicht genügend hervorgetreten, durch das B.G.B. hat sie sogar erhöhte Bedeutung erlangt.

Eine gedoppelte Möglichkeit anderer Art ist Umwandlung des Besitzes in bloße Innehabung: entweder so, daß für einen andern Besitz erworben, oder ohne daß ein anderer Besitzer wird. Das eine ist das sog. constitutum possessorium, an dessen Stelle nach dem B.G.B. bei Nichthausgenossen eine Besitzumwandlung getreten: das also nur noch bei Hausgenossen vorkommen kann. Der zweite Fall ist vom B.G.B. gänzlich beseitigt: siehe unten § 32 S. 264.

Endlich kann es vorkommen, daß eine Innehabung sich in eine Innehabung anderer Art umwandelt. Einem Beispiele

dieser Art sind wir § 19 Nr. IV, 1 S. 185 begegnet. Hausgenossen, welche neben und für den Erblasser innehatten, werden durch Erbfall Innehaber für den Erben. Fälle dieser Art machen sich nach dem B.G.B. nicht sehr bemerkbar und bedürfen wohl keiner weiteren Erörterung.

1. § 29. Umwandlung der Innehabung in Besitz.

I. Arten und Beispiele.

1. Das römische Recht.

Ein Innehaber wird Besitzer. Dies kann geschehen mit Einwilligung des Besitzers und ohne dessen Einwilligung. Geschieht es mit Einwilligung des Besitzers, so nennt man es wohl Uebergabe von kurzer Hand, traditio breui manu. Das ist keine glückliche Bezeichnung; es wird vielmehr durch Willenseinigung, also Vertrag, eine Innehabung in Besitz umgewandelt.

Beispiele bei vorhandener Einwilligung des Besitzers aus dem römischen Rechte. Ein Entleiher, Pächter, Mieter, Verwahrer kauft die betreffende Sache; ein Verwahrer erhält das Geld als Darlehn; ein Mieter wird Precarist. Vac. poss. Bd. 1 S. 256 flg. Ein allgemeiner Ausspruch bei Celsus fr. 62 pr. de eu. 21, 2: si rem quae apud te esset uendidissem tibi.

Beispiele bei nicht vorhandener Einwilligung des Besitzers. Jemand nimmt sich als Geschäftsführer einer Erbschaft an, schließlich hält er sich selber für den Erben und verweigert die Herausgabe: Vac. poss. Bd. 1 S. 258.

Dann denke man an die Unterschlagung. Iauolenus fr. 25 de don. 39, 5. Si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares, et tu tuo nomine eam ei dederis. Vgl. ferner Paul. fr. 29 pr. dep. 16, 3; fr. 22 § 7 mand. 17, 1; Ulp. fr. 1 § 22 de tut. et rat. distr. 27, 3; Paul. fr. 3 § 18 de adq. uel am. poss. 41, 2 u. a. m.

2. Das B.G.B.

Da die Innehabung des römischen Rechtes durch das B.G.B. sehr zurückgedrängt, so hat sich die Möglichkeit einer derartigen Umwandlung in Besitz sehr vermindert. Es können aber noch immer beiderlei Fälle vorkommen. Derjenige, zu dem sich ein fremder Hund verlaufen, kauft ihn vom Eigentümer. Die Herrschaft schenkt ihrem Diener die Livree: Endemann, Lehrbuch Bd. 2[3.4] §.35 S. 145; einem Dienstmädchen den Regenschirm. Derjenige, zu dem sich ein fremdes Huhn verlaufen, schlachtet dasselbe. Der Erbe, bei welchem der Erblasser seinen Regenschirm hatte stehen lassen, wird durch den Erbfall Besitzer: siehe oben § 19 Nr. IV, 4 S. 187.

Auf die Umwandlung der Innehabung in Besitz mit Einwilligung des Besitzers bezieht sich § 854 Abs. 2.

In Folge der Uebergangsbestimmung des Art. 180 ist mit dem 1. Januar 1900 vielfach die Innehabung von Rechts wegen in Besitz verwandelt. Vgl. Habicht Die Einwirkung des B.G.B. S. 276.

II. Schranken.

1. Das römische Recht.

Für die Umwandlung der Innehabung in Besitz sind von den Römern bestimmte Schranken aufgestellt worden. Einmal greift hier ein die Regel neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse, welche von jeher Fälle umfaßte, die man später der Detention einreihte: Vac. poss. Bd. 1 S. 259 flg. Sodann kommt in Betracht, daß an Grundstücken keine Unterschlagung möglich. Die herrschende Ansicht geht sogar dahin, daß das römische Recht eine heimliche Besitzergreifung an Grundstücken überhaupt nicht zuläßt. Was es damit auf sich hat, soll unten § 33 unter Z. 1 b β näher erörtert werden. Jedenfalls kann eine Innehabung von Grundstücken durch offene Gewalt dem Besitzer gegenüber in Besitz verwandelt werden. Vgl. namentlich Impp. Diocl. et Max. c. 5 de adq. et ret. poss. 7, 32, sowie das rectissime bei Paul. fr. 32 § 1 de adq. uel am. poss. 41, 2 und dazu

Vac. poss. Bd. 1 S. 276 flg. S. 359. Endlich fällt ins Gewicht, daß Sklaven gar nicht in der Lage waren, für sich zu besitzen: Africanus fr. 47 de adq. uel am. poss. 42, 2. Aehnlich verhält es sich mit den Hauskindern: Ulp. fr. 4 ebendaselbst; Paul. (Pomp.) fr. 31 § 3 de usurp. 41, 3; Gai. 2, 89.

2. Das B.G.B.

Die Stelle der römischen Sklaven vertreten unsere Dienstboten. Diese wie sonstige Hausgenossen üben für uns den Besitz aus. Aber Dienstboten und sonstige Hausgenossen sind selber des Besitzes fähig. So treten wir denn an die Frage heran: ob es nach dem B.G.B. den Hausgenossen schrankenlos gestattet ist, die ihnen anvertraute Innehabung wider unsern Willen in eignen Besitz zu verwandeln.

Nach § 860 des B.G.B. sind die Hausgenossen befugt, den Besitz für den Besitzer, selbst mit Gewalt, zu verteidigen. Darin liegt gleichzeitig ausgesprochen, daß ihnen ein selbständiges Recht auf Selbsthülfe nicht zusteht: Dernburg, Das bürgerl. Recht, Bd. 3 § 23 Nr. 5 S. 71. Also können sie solche Selbsthülfe unmöglich dem eignen Hausherrn gegenüber zur Anwendung bringen. Nun ist thatsächliche Gewalt über die Sache gerade ein Hauptmerkmal des Besitzes. Wer diese nicht für sich erlangen kann, ist damit vom Besitzerwerbe ausgeschlossen. Also kommen wir zu dem Satze: durch offene Gewaltthat dem Besitzer gegenüber kann kein Hausgenosse Besitzer werden.

Dies gilt für Grundstücke, wie bewegliche Sachen. Ein Hausbesitzer hat zu einem Gebäude, das er nicht bewohnt, einem Handwerker die Schlüssel eingehändigt, um dort Reparaturen vorzunehmen. Ein solcher Handwerker reiht sich an den Besitz ausübenden Hausgenossen: siehe oben § 4 S. 37. Der Handwerker verwehrt dem Hausbesitzer den Zutritt durch Vorenthaltung der Schlüssel. Der Hausbesitzer verschafft sich Eingang durch Einschlagen eines Fensters. Dieser Haus-

besitzer hat nie zu besitzen aufgehört. Seuffert's Archiv, Bd. 46 Nr. 169, und dazu oben § 4 Z. I, 1 S. 37.

Beispiel für bewegliche Sachen. Eine Köchin, welche die Hausfrau nicht in der Küche dulden will und ihr verbietet, das Kochgeschirr anzurühren, erlangt dadurch nicht Besitz am Kochgeschirr.

Heimlicher Besitzerwerb an beweglichen Sachen wider den Willen des Besitzers ist dagegen den Hausgenossen möglich. Dienstboten unterschlagen Sachen oder bestehlen die Herrschaft; ein Arbeiter in einem Steinbruche nimmt Sprengpatronen mit in seine Wohnung: siehe oben § 4 Nr. I, 1 S. 41.

Die heimliche Besitzentziehung kann eine dauernde oder bloß vorübergehende sein. Ein Stubenmädchen benutzt wider Verbot die Nähmaschine ihrer Herrin zu eignen Arbeiten: Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 185 S. 67.

An Grundstücken giebt es weder Diebstahl noch Unterschlagung: St.G.B. §§ 242, 246. Damit ist indes die Möglichkeit einer heimlichen Besitzentziehung noch nicht verneint. Daß diese bei Grundstücken im allgemeinen möglich, werde ich unten § 33 Nr. 1 b β näher ausführen. Und solche heimliche Besitzentziehung kann auch von Hausgenossen bewerkstelligt werden. Ein Hausgenosse, dem die Aufsicht über ein Grundstück anvertraut wurde, verbreitet, der Herr habe es ihm geschenkt, und benimmt sich Dritten gegenüber als Besitzer.

Weil den Hausgenossen kein selbständiges Recht auf Selbsthülfe zukomme, folgert Dernburg a. a. O. Anm. 8, daß der Hausherr sie beliebig an die Luft setzen könne: z. B. einen Portier, einen Gärtner, Arbeiter. Das ist richtig. Dieses Vertreibungsrecht beschränkt sich indessen nicht auf die Hausgenossen, sondern ergreift auch den gegenwärtigen Besitzer, dessen Besitz dem gewesenen gegenüber ein fehlerhafter. Siehe unten § 41 Nr. 2 a^{aa}. Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht aber darin, daß der gegenwärtige Besitzer sich verteidigen darf, während dem bloßen Hausgenossen das Verteidigungsrecht abgeschnitten.

2. § 30. Das sog. constitutum possessorium.

Besondere Betrachtung verdient das sog. constitutum possessorium: ein Besitzer hört auf Besitzer für sich zu sein und wird Besitzer für einen andern. Dies läßt sich dadurch erreichen, daß der Besitzer anfängt, für einen andern die Sache innezuhaben. Wir haben auseinanderzuhalten das römische Recht, das gemeine Recht und das Recht des B.G.B,

I. Das constitutum possessorium geht zurück auf Celsus fr. 18 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2. Der Ausspruch des Celsus gilt noch immer für die Hauptgrundlage dieses Rechtsgebildes. Den Kern der Sache faßt er in die Worte: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Als Fall mag man sich folgenden vorstellen. Ein Prokurator hat Auftrag, an Stelle des verstorbenen Stichus einen andern Sklaven zu besorgen. Der Prokurator hat selber einen Sklaven Pamphilus, der vortrefflich den Stichus ersetzen könnte. Er sendet den Pamphilus auf das Landgut des Herrn, damit er die Arbeiten des verstorbenen Stichus dort verrichte. Ein solcher Prokurator hat aufgehört zu besitzen, corpore et animo; ein solcher Prokurator hat Besitz erworben für seinen Herrn, corpore et animo. Das constitutum possessorium ist Tradition an sich selber: der bisherige Besitzer tradiert an sich selber in seiner Eigenschaft als Prokurator. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 322 flg.

Ein Verständnis des römischen constitutum possessorium wird nur dadurch möglich, daß wir alles ausscheiden, was nicht dahin gehört; ferner müssen wir uns stets die Entwicklung vor Augen halten, welche der Erwerb durch Stellvertreter bei den Römern durchgemacht hat.

Der Besitzerwerb und Besitzverlust durch constitutum possessorium bildet einen Gegensatz zur Besitzumwandlung: nec enim muto mihi causam possessionis.

Noch zu Celsus' Zeiten war es streitig, ob durch einen Prokurator Besitz erworben werde könne. Dem Prokurator sind andere Generalvertreter wie tutor und curator angereiht.

Aber über einen Besitzerwerb durch Generalvertreter ist das klassische Recht nie hinausgegangen. Siehe oben § 20 S. 200.

In der angeführten Stelle bei Celsus tritt uns ausdrücklich der Prokurator entgegen. Derselbe zählte in Rom zu den Hausgenossen. Für ein constitutum possessorium durch tutor und curator fehlt es an Beispielen. Mithin steht nichts im Wege, das constitutum possessorium auf den Hausgenossen zu beschränken.

Der Hausgenosse hat ein Hauswesen zur Voraussetzung, in welchem und für welches er thätig wird. Das Hauswesen bedingt weiter eine Wohnung, ein Grundstück. Sachen, die für ein Hauswesen angeschafft werden, sind beweglicher Natur. Also kommen wir zu einer Beschränkung des constitutum possessorium auf bewegliche Sachen.

Es ist aber ein großer Unterschied, ob ein Besitzerwerb an beweglichen Sachen vorgenommen wird von einem Hausgenossen für einen Hausherrn, oder von einem Nichthausgenossen für einen beliebigen Dritten: denn beim Hausgenossen ist zugleich in der Person des Hausherrn das körperliche Verhältnis zur Sache gegeben.

Daß Celsus an die Nichthausgenossen gar nicht gedacht, dafür spricht folgende Erwägung. An der Entwicklung, welche mit dem Depositar anhebt und diesen zum bloßen Detentor stempelte, hat Celsus sich anscheinend nicht beteiligt. Ihm waren Leiher und Mieter einer beweglichen Sache, Verfrachter, unter Umständen auch ein horrearius, also ein Verwahrer, wirkliche Besitzer. Siehe oben § 5 S. 30, 31.

Allerdings bringt uns das Justinian'sche Recht die Interpolation der libera persona. Dieser Besitzerwerb ist indes unentwickeltes Recht geblieben, das sich in der Kasuistik des Corpus Juris nicht weiter geltend macht.

II. Die Saat der Interpolation per liberam personam ist erst im nachjustinian'schen und gemeinen Recht aufgegangen.

Für den Prokurator als einen Hausgenossen hatte man kein Verständnis. So galt denn als selbstverständlich, daß ein Besitzer zu Gunsten eines in weiter Ferne Weilenden seinen

Besitz verlieren könne, ohne daß in Bezug auf das körperliche Verhältnis irgend welche Aenderung vor sich ging.

Ferner hat man nicht verstanden, Besitzumwandlung und constitutum possessorium auseinanderzuhalten. In dieser Beziehung ist namentlich verhängnisvoll geworden der Nießbrauchsvorbehalt.

Von dem Zurückbehalten des Nießbrauches ist gesagt, daß es der Tradition gleich geachtet werden soll: c. 28, c. 35 § 5 de don. 8, 53. Ist darum das Zurückbehalten des Nießbrauches schon ein constitutum possessorium?

Dernburg, Pand., Bd. 1[4] § 251 S. 619, und Windscheid, Pand., Bd. 1[7] § 212 S. 640, erblicken in dem Zurückbehalten des Nießbrauches eine völlige Aufgabe des Eigentums und Neubegründung einer Dienstbarkeit. Dann müßte man sagen: der bisherige Eigentümer hat aufgehört Besitzer zu sein und Besitz für den neuen Eigentümer erworben. Daran hätten wir aber noch gar nicht genug, denn der bisherige Besitzer soll ja fortfahren, als Nießbraucher zu besitzen.

In der That ist das Zurückbehalten des Nießbrauches nichts anderes als ein Zurückbehalten bestimmter Eigentumsbefugnisse: Vac. poss., Bd. 1 S. 330 flg. Dem entsprechend wird gar kein Besitz aufgegeben, sondern nur Eigentumsbesitz in Nießbrauchsbesitz umgewandelt.

Einen eigenartigen Fall bietet dar der Nießbrauch an einer Herde. Es ist Sache des Nießbrauchers, das abgängige Vieh durch junges zu ersetzen. Die Besitzverhältnisse scheinen hier von den römischen Rechtsgelehrten nicht besonders geprüft zu sein. In Bezug auf das Eigentum bemerkt aber Pomp. fr. 69 de usu fructu 7, 1 ganz richtig: et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse: nam alioquin quod nascitur fructuarii est, et cum substituit, desinit eius esse. Abweichend Iulianus fr. 12 § 5 fr. 70 § 1 ebendaselbst, der sich mit schwebendem Eigentum zu helfen sucht.

Was Pomponius vom Eigentum sagt, gilt in entsprechender Weise vom Besitze. Indem der Nießbraucher das abgängige

Vieh ausscheidet, verwandelt er seinen Nießbrauchsbesitz in Eigentumsbesitz. Indem er nachgeborne Junge der Herde einreiht, verwandelt er seinen Eigentumsbesitz in Nießbrauchsbesitz.

Kohler in Jhering's Jahrb., Bd. 24 S. 226, und Czyhlarz, Forts. von Glück, Bd. 1 S. 445, weisen auf das constitutum possessorium hin. Statt dessen liegt vielmehr vor eine doppelte Besitzumwandlung.

So hat denn manches dazu beigetragen, das constitutum possessorium zu einem Rechtsgebilde auszugestalten, das einerseits die Grundlagen des Besitzes untergrub und andererseits für das Verkehrsleben eine große Unsicherheit erzeugte.

Ueber die Schwankungen in der Rechtsprechung vgl. Biermann, Traditio ficta, S. 371 flg.

III. Für das B.G.B. kommt in Betracht § 930: 'Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.' Damit ist im allgemeinen an die Stelle des gemeinrechtlichen constitutum possessorium die Besitzumwandlung getreten. Ein constitutum possessorium ist nach dem B.G.B. nur noch bei Hausgenossen möglich. Vgl. Dernburg, Das bürgerl. Recht, Bd. 3 § 18 a. E. Wir sind also wieder angelangt bei der Beschränkung, wie sie dem Celsus vorschwebte. Zur Veranschaulichung bringe ich ein paar Beispiele.

Ein angestellter Jäger kann den Besitz seiner Flinte auf den Herrn übertragen und sie als Innehaber behalten: Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 188 S. 77.

Ein Kindermädchen hat Auftrag, alle Tage der Hausfrau, die verreist, zu schreiben, was die Kinder machen. Die Postkarten, welche die Hausfrau zurückgelassen hatte, sind alle geworden. Das Kindermädchen nimmt eine von ihren eignen Postkarten, um sie der Hausfrau in Rechnung zu stellen. Während es diese Postkarte beschreibt, hört es auf, Besitzer zu sein, und macht die Hausfrau zur Besitzerin: also constitutum

possessorium. Ein solches Kindermädchen kann von sich sagen: alium possessorem ministerio meo facio. Es tradiert die Postkarte an sich selber als Prokurator der Hausfrau.

Denken wir uns statt dieses Kindermädchens einen Vormund. Derselbe schreibt in Angelegenheiten seines Mündels und nimmt eine von seinen eigenen Postkarten, die er dem Mündel anrechnet. Dieser Vormund hat nie aufgehört Besitzer zu sein. Während er aber die Postkarte beschreibt, entsteht für seinen Mündel mittelbarer Besitz, der früher nicht vorhanden war: also Besitzumwandlung. Ein solcher Vormund kann von sich sagen: muto mihi causam possessionis.

Dem constitutum possessorium verwandt ist folgender Fall. Eine Köchin kauft auf dem Markte für die Hausfrau Eier. Hieran erlangt die Köchin zunächst Besitz. Sobald sie aber das Haus betritt, verwandelt sich ihr Besitz in Innehabung für die Hausfrau: siehe oben § 27 S. 241. Dies beruht auf § 855, tritt also ein in Folge unmittelbarer Rechtsvorschrift.

Wollen wir diesen letzteren Fall ebenfalls dem constitutum possessorium anreihen, so müßten wir unterscheiden zwischen einem constitutum possessorium, das auf einem Rechtsgeschäfte beruht, und einem constitutum possessorium, das unmittelbar kraft Rechtsvorschrift eintritt.

3. § 31. Besitzumwandlung im engeren Sinne.

Jemand, der schon Besitzer ist, kann Besitzer anderer Art werden.

I. Nach römischem Rechte bildet den Hauptanwendungsfall der Precaristenbesitz und zwar in zweierlei Beziehung: es giebt eine Umwandlung in Precaristenbesitz und eine Umwandlung des Precaristenbesitzes. Vac. poss. Bd. 1 S. 241 flg.

Wer pro herede besaß, läßt sich vom Erben ein precarium einräumen. Wer von einem Nichteigentümer gekauft hatte, bittet den Eigentümer um ein precarium. Wer pro possessore besaß z. B. als Dejicient, erlangt Precaristenbesitz. Mit den Begriffen pro herede und pro possessore beschäftigt sich

neuerdings Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, S. 20 flg. Ein Hauptgebiet bot die alte Sicherheitsfiducia: der Schuldner blieb auf dem Grundstücke, das er mancipiert hatte, und bat um precären Besitz. Einem Schuldner ist der precäre Besitz einer verpfändeten Sache eingeräumt, er zahlt seine Schuld.

Andere Beispiele. Jemand kauft eine dem Eigentümer abhanden gekommene Sache vom Nichteigentümer, darauf vom Eigentümer: Pomp. fr. 29 pr. de eu. 29, 2. Wer gewaltsam vertrieben hat, kauft das Grundstück vom Vertriebenen. Der Dieb kauft die gestohlene Sache vom Eigentümer. Der Faustpfandgläubiger die Sache vom Schuldner: fr. Vat. 9. Der Erbe nimmt eine zur Erbschaft gar nicht gehörige, z. B. nur verpfändete Sache als Erbschaftssache in Besitz: fr. 88 de adq. uel am. poss. 29, 2. Ein Ersitzender vermietet an den Eigentümer: Iauolenus fr. 21 de usurp. 41, 3. Dazu Vac. poss., Bd. 1 S. 116 flg.

Cicero in seiner Rede für den Cäcina bringt uns folgendes Beispiel. Cäsennia ist im Besitze eines verpachteten Grundstückes wegen ihres Nießbrauches, 32 § 94: propter usum fructum. Später kauft sie dieses Grundstück und wird nun als Käuferin Besitzer, 7 § 19: ex quo tempore fundus ueniit, quoad uixit, possedit Caesennia. Cäsennia übt ihren Besitz als Verpächterin durch den Pächter aus. Das steht der Besitzumwandlung nicht im Wege.

II. Das Gebiet der Besitzumwandlung ist im B.G.B. durch die Zurückdrängung der bloßen Innehabung wesentlich erweitert worden. Die im vorvorigen Paragraphen beigebrachten Beispiele aus dem römischen Rechte für die Umwandlung der Innehabung in Besitz fallen nach dem B.G.B. der Besitzumwandlung zu.

Vom Standpunkte des B.G.B. aus haben wir folgende Möglichkeiten auseinanderzuhalten.

1) Der Besitz streift den neben ihm vorhandenen mittelbaren Besitz ab: der Zeitbesitz verwandelt sich in Dauerbesitz. Dies kann geschehen auf rechtmäßige und unrechtmäßige Weise.

a) Die rechtmäßige Umwandlung. Wenn ein Entleiher vom Verleiher die geliehene Sache kauft, so ändert sich sein Besitzgrund: als Entleiher hatte er die Sache zurückzugeben, als Käufer fällt diese Verpflichtung fort.

Auf diese Besitzumwandlung mit Einwilligung bezieht sich B.G.B. § 929 S. 2: 'Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigentums.'

Der Zeitbesitzer konnte ein Recht auf diese Umwandlung haben auf Grund einer voraufgegangenen Einigung. Hat der Verkäufer sich das Eigentum der übergebenen Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so bleibt er zunächst mittelbarer Besitzer. Mit Zahlung des Kaufpreises wird der wirkliche Besitzer von diesem Besitzanspruche befreit. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 252.

Die Umwandlung kann unmittelbar durch Rechtssatz vor sich gehen. Der mittelbare Besitz des Erblassers dem Erben gegenüber fällt fort durch den Erbfall: siehe oben § 19 Nr. IV, 3 S. 187.

Das Recht auf Umwandlung kann durch Rechtssatz begründet sein.

Ist ein Grundstück sammt Inventar Gegenstand des Nießbrauches, so hat der Nießbraucher für den gewöhnlichen Abgang Ersatz zu beschaffen. § 1048 Abs. 1. Mit dem Besitze z. B. einer zum Viehinventar gehörenden Herde verhält es sich folgendermaßen. Der Nießbraucher ist Zeitbesitzer der einzelnen Stücke, der Eigentümer mittelbarer Besitzer. Indem der Nießbraucher abgängiges Vieh ausscheidet, verwandelt er seinen Zeitbesitz in Dauerbesitz.

Aehnlich verhält es sich mit dem Pächter oder auch Nießbraucher eines Grundstückes, welcher das Inventar zum Schätzungswerte übernimmt und sich verpflichtet, dasselbe bei Beendigung der Pacht bezw. des Nießbrauches zum Schätzungswerte zurückzugewähren. B.G.B. §§ 587—589, § 1048 Abs. 2.

Eine Reihe von Anwendungsfällen dieser Art bietet dar das Verfügungsrecht des Ehemannes. Der Mann ist be-

rechtigt, die zum eingebrachten Gute der Frau gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen: § 1373. Daneben besteht ein mittelbarer Besitz der Frau, die einen Anspruch hat auf Herausgabe des Besitzes nach Beendigung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung: siehe oben § 18 Nr. I, 3 S. 114.

Nach § 1376 Nr. 1 des B.G.B. kann der Mann ohne Zustimmung der Frau über Geld und andere verbrauchbare Sachen der Frau verfügen. Das Geld soll er nach § 1377 Abs. 2 für die Frau verzinslich anlegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist. Andere verbrauchbare Sachen darf der Mann nach § 1377 Abs. 3 auch für sich veräußern oder verbrauchen. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so hat er den Wert der Sachen zu ersetzen.

Denken wir uns einen Ehemann, der in ein Ladengeschäft hineinheiratet, das er dann in eignem Namen und für eigne Rechnung betreibt. Soweit der alte Warenbestand reicht, veräußert dieser Mann fortwährend Eigentum der Frau, die dafür eine Ersatzforderung erhält. Dieser Vermögensveränderung zur Seite tritt die Besitzumwandlung. Der Besitz des Mannes wird durch die Veräußerung frei von dem daneben bestehenden mittelbaren Besitze der Frau.

Insonderheit kann der Mann an sich selber veräußern. Und selbst wenn der Mann das Geschäft im Namen und für Rechnung der Frau fortführt, haben wir dieselbe Besitzumwandlung. Mit der Veräußerung der Waren hört der mittelbare Besitz der Frau auf. Der Unterschied beider Fälle beruht nur darauf, daß die Frau hier keinen bloß persönlichen Anspruch erlangt, sondern nach § 1381 Eigentümerin des für die Waren eingenommenen Geldes wird, dem sich der mittelbare Besitz zugesellt.

Ja, diese Fortführung des Geschäftes im Namen und für Rechnung der Frau bietet sogar eine unendliche Reihe von Besitzumwandlungen dar. Die Frau ist Eigentümerin des Geldes, das für die Waren eingenommen wird, hat außerm mittelbaren, der Mann den wirklichen Besitz. Benutzt nun der Mann dieses Geld zum Einkaufe von Waren, so streift er damit

wieder den mittelbaren Besitz ab. Also dieselbe Besitzumwandlung, die sich durch den Verkauf der Waren und neuen Einkauf immer fortsetzt.

Besondere Berücksichtigung hat gefunden der Ehemann, dem ein Grundstück sammt Inventar eingebracht wurde, das seiner Verwaltung und Nutznießung unterliegt: § 1378.

Aehnlich wie der Mann seiner Frau gegenüber, steht der Vater bezw. die Mutter da in Bezug auf ein Kind, dessen Vermögen ihrer Verwaltung und Nutznießung unterliegt. Insonderheit darf der Vater verbrauchbare Sachen des Kindes für sich veränßern oder verbrauchen. B.G.B. § 1653.

b) Die rechtswidrige Umwandlung.

Bis dahin bewegten wir uns innerhalb der Rechtslinie. Es giebt aber auch eine Besitzumwandlung durch unrechtmäßige Handlung. Ein Verwahrer unterschlägt die Sache. Sein Besitz wird ein fehlerhafter. Andererseits hat der mittelbare Besitz aufgehört, da dieser mit einer unerlaubten Handlung sich nicht verträgt. Siehe oben § 18 Nr. III S. 168.

2) Zeitbesitz verwandelt sich in Zeitbesitz anderer Art.

Dem Gläubiger wird eine Sache verpfändet, die der Schuldner ihm bereits geliehen hatte. Hierauf bezieht sich § 1205 Abs. 1 S. 2: 'Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts.'

3) Dauerbesitz verwandelt sich in Zeitbesitz.

Wer Eigentum an beweglichen Sachen überträgt, behält sich den Nießbrauch vor: § 930, § 1032 S. 2, z. B. ein Gelehrter, der seine Bibliothek dem Staate schenkt.

Der Nießbraucher, welcher junges Vieh der Herde einreiht, verwandelt Dauerbesitz in Zeitbesitz. § 1048 Abs. 2.

Der Vorerbe ergänzt den Abgang bei einer zu einem erbschaftlichen Grundstücke gehörigen Schafherde durch Lämmer, die er von einem Gute nimmt, das nicht zur Erbschaft gehört. § 2111 Abs. 2.

Beim Nießbrauchsvorbehalt an Grundstücken muß hinzu-

kommen: Auflassung, § 925, und Eintragung des Nießbrauchs, bezw. was der Eintragung gleich steht, § 873.

Sonstige Beispiele für das B.G.B lassen sich leicht bilden auf Grund von § 868. Der Verkäufer behält die Sache als Pfand, bis der Kaufpreis berichtigt. Der Verkäufer mietet die Sache, z. B. das Klavier. Der Banquier nimmt die verkauften Papiere in Verwahrung.

Es genügt nicht die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen mittelbarer Besitz möglich, der mittelbare Besitz muß wirklich erlangt werden. Der Besitzerwerb vollzieht sich durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt, Herstellung des körperlichen Verhältnisses. Dieses körperliche Verhältnis war bereits vorhanden in der Person des Verkäufers u. s. w. Durch dieses vorhandene körperliche Verhältnis war der Verkäufer u. s. w. Besitzer geworden. Jetzt soll mit diesem Besitze eine Umwandlung vorgenommen werden, ein anderer soll mittelbaren Besitz, vor allem also einen Besitzesanspruch erhalten. Wenn wir in dem Besitze ein körperliches Verhältnis zu erblicken haben, so muß auch das Innehaben für einen andern äußerlich sich irgendwie bemerkbar machen: das körperliche Verhältnis muß eine Umwandlung erfahren. Der Gegenstand, auf den sich der mittelbare Besitz bezieht, muß von dem übrigen Vermögen des Besitzers in irgend einer Weise ausgeschieden werden.

Der Banquier teilt dem Auftraggeber mit: daß er die gewünschten Papiere zu dem und dem Preise gekauft habe, lieferbar am letzten Tage des laufenden Monats; und daß er die Stücke, sobald er sie erhalten, für den Auftraggeber in Verwahrung nehmen werde. Als am letzten des Monats die Papiere geliefert werden, versiegelt der Banquier dieselben in ein besonderes Paket, worauf er den Namen des Auftraggebers schreibt. Ist diese Ausscheidung aus dem sonstigen Vermögen des Bankiers ausreichend?

Schwerlich. Es muß eine Aussonderung stattfinden, die vom Bankier nicht beliebig zurückgenommen werden kann. Er

setzt z. B. von den getroffenen Maßnahmen seinen Auftraggeber in Kenntnis.

Man möchte sich dagegen berufen wollen auf den Satz ignoranti quoque adquiri possessionem. Aber es ist doch ein großer Unterschied: ob ein Beauftragter mit einem Dritten abschließt und äußerlich als solcher hervortritt, oder ob er von seinem Besitz abgeben will an den Auftraggeber. Im letztern Falle bedarf es einer Aussonderung von seinem Vermögen, die im erstern gar nicht nötig. Diese Aussonderung kann geschehen durch Benachrichtigung, insofern wird einem Wissenden Besitz erworben. Aber die Regel, daß dem Vertretenen, auch wenn er nicht darum weiß, Besitz erworben werde — schließt doch nicht aus, daß er drum wissen kann. Die Benachrichtigung geschieht nicht, weil sie als solche notwendig, sondern weil sie die Aussonderung zu einer feststehenden Thatsache machen soll. Am einfachsten ist es, den Auftraggeber selber zu benachrichtigen. Daß es unumgänglich notwendig sei, gerade ihn zu benachrichtigen, kann man gar nicht einmal sagen. Der Banquier ruft einen Freund des Auftraggebers herbei, versiegelt in dessen Gegenwart und bittet ihn, ebenfalls sein Siegel darauf zu setzen. Bei solchem Verfahren bliebe das ignoranti adquiri völlig gewahrt.

Nach dem neuen Reichsgesetze vom 5. Juli 1896 betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere § 3, 5 ist der Kommissionär verpflichtet, dem Kommittenten ein Verzeichnis der Stücke zu übersenden. Mit der Absendung des Stückeverzeichnisses geht nach § 7 das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen der Uebergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkte eintritt, bleiben unberührt. Ein solcher früherer Eigentumsübergang tritt uns in dem Falle entgegen, wo die Versiegelung der Papiere in Gegenwart und unter Mitwirkung des Freundes erfolgte.

Ein Banquier hat Lospapiere erworben: für den A bucht er die Nummern 1030, 1065, für den B die Nummern 5040,

6278. Er hat aber dem A die Nummern 5040, 6278, dem B die Nummern 1030, 1065 mitgeteilt. Hier ist die Mitteilung an die Kunden das Entscheidende und die Buchung als ein Versehen aufzufassen. Vgl. Entsch. des Reichsger. in Civilsachen, Bd. 30 Nr. 56.

Ein Beispiel einer Besitzumwandlung ohne Eigentumsübergang läßt sich meines Erachtens anknüpfen an § 933. Ist ein Nichteigentümer im Besitze der Sache, so kann jemand, der in gutem Glauben war, auf diese Weise nicht das Eigentum erwerben. Ebenso wird allgemein verstanden Art. 306 des alten H.G.B.; vgl. jetzt § 366 des neuen H.G.B. Ein Nichteigentümer verkauft ein Klavier und mietet es noch auf ein Jahr: hier ist der Käufer jedenfalls kein Eigentümer geworden. Aber den mittelbaren Eigenbesitz im engern Sinne werden wir ihm nicht absprechen wollen.

Bei Verpfändung beweglicher Sachen ist diese Besitzumwandlung ausgeschlossen. Der Verpfänder muß die zu verpfändende Sache aus seiner Obhut durch Uebergabe an den Gläubiger entfernen: § 1205 Abs. 1 S. 1. Der Verpfänder bleibt ja Eigentümer und kann auch nicht an Stelle des Pfandgläubigers den Besitz ausüben wollen.

Ebenso wird zu behandeln sein die Eigentumsübertragung, die lediglich geschieht, um eine Forderung sicherzustellen. Der Schuldner kann den Besitz nicht zurückbehalten wollen, weil dann das Rechtsverhältnis fehlen würde, wie es nach § 868 für mittelbaren Besitz erforderlich. Würde der Schuldner sagen: ich will die Sache so lange für dich aufbewahren, bis die Schuld bezahlt ist — so läge vor ein Scheingeschäft, welches das wirkliche verdeckte; also wäre anwendbar § 117 Abs. 2.

Hat ein Dritter die Sache bereits in Händen, z. B. als Verwahrer, so genügt zum Pfanderwerb die Uebertragung des mittelbaren Besitzes: § 1205 Abs. 2. Dies beruht darauf, daß der mittelbare Besitz in erster Linie ein Anspruch auf Besitz: siehe oben § 18 Nr. I 4 S. 116.

Durch Bestellung einer Hypothek erfahren die Besitzverhältnisse des Grundeigentümers keinerlei Veränderung.

Ebenso wird zu beurteilen sein die Bestellung eines Pfandrechts durch Eintragung ins Schiffregister: § 1260.

4) Umwandlung des mittelbares Besitzes.

A leiht ein Buch an B, dieser verleiht es an C weiter. Hier hat A auch mittelbaren Besitz dem C gegenüber erworben.

Der mittelbare Besitzer kann ferner durch einen andern abgelöst werden. Der Verkäufer übergiebt die verkaufte Ware einem Frachtführer oder Spediteur. Hier sind Frachtführer und Spediteur Besitzer geworden, während sich der Besitz des Verkäufers in mittelbaren Besitz verwandelte. Der Käufer, statt die Ware dem Spediteur abzunehmen, schreibt ihm, er möge die Ware vorläufig für ihn lagern. Hier bleibt der Spediteur Besitzer, statt des Verkäufers ist aber jetzt der Käufer der mittelbare Besitzer neben ihm.

Ein Hauseigentümer bewohnt selber das Erdgeschoß und hat ein Stockwerk vermietet. Zieht der Mieter aus, so hört der mittelbare Besitz des Hauseigentümers auf. Statt dessen erweitert sich sein wirklicher Besitz: er erlangt wieder Zutritt zu den bisher vermieteten Räumen.

Ein Hauseigentümer hat ein ganzes Haus vermietet, vielleicht fern von seinem Wohnsitz belegen. Der Mieter zieht aus. Damit hat der Besitzanspruch dem Mieter gegenüber seine Erledigung gefunden. Wäre nun der mittelbare Besitz nichts weiter als ein solcher Besitzanspruch, so müßten wir sagen: der Besitz des Hauseigentümers hat aufgehört; um den Besitz des Hauses zurückzuerhalten, bedarf es eines Neuerwerbs.

Allein der Mieter und überhaupt jeder Zeitbesitzer hat nicht bloß für sich, sondern zugleich für einen andern die Sache inne. Insofern vertreten die Zeitbesitzer die Stelle von Hausgenossen. Und wie ein Besitz dadurch nicht aufhört, daß Hausgenossen, die allein auf einem Grundstücke walteten, dasselbe verlassen: so verhält es sich mit dem abziehenden Mieter. Siehe oben § 2 S. 12. Dabei ist es einerlei, ob der Mieter mit Einwilligung des Vermieters auszieht oder sich heimlich aus dem Staube macht: vgl. Dernburg, Das bürg. Rt.

Bd. 3 § 21 Nr. 6 S. 65. Also in unserm Falle liegt ebenfalls vor eine Besitzumwandlung.

Wegen der Entwicklung, welche in dieser Beziehung das römische Recht durchgemacht hat, und die ihren Abschluß fand durch c. 12 pr. de adq. et ret. poss. 7, 32 von Justinian, verweise ich auf Vac. poss., Bd. 1 S. 35 flg.

5) Umwandlung des einfachen Besitzes in Ersitzungsbesitz und umgekehrt.

Was die Umwandlung des einfachen Besitzes in Ersitzungsbesitz und des Ersitzungsbesitzes in einfachen Besitz anbetrifft, so verhält sich nach dem B.G.B. manches anders wie im römischen Rechte. Ich beschränke mich auf die beweglichen Sachen.

Bei der Veräußerung durch einen Nichteigentümer kann der gutgläubige Erwerber Eigentümer und Eigentumsbesitzer werden, wenn er den Besitz zuvor vom Veräußerer erlangt hatte: § 932 Abs. 1 S. 2. Ein Verleiher, der Nichteigentümer, veräußert später die Sache an den Entleiher: Umwandluug des Besitzes in Eigentum, des Zeitbesitzes in Dauerbesitz. Nach römischem Rechte entstand nur Ersitzungsbesitz.

Wenn hingegen der Nichteigentümer A dem X eine Sache leiht, der Nichteigentümer B dem X später die Sache verkauft, so hat X auch nach dem B.G.B. kein Eigentum erworben, weil er nicht vom Veräußerer den Besitz erlangte. Folgeweise hat aus diesem Grunde das Leiheverhältnis mit dem A noch nicht aufgehört, und der Leihebesitz des X sich nicht in Eigentumsbesitz verwandelt. Kommt jedoch hinzu, daß X den B für den Eigentümer hielt, so ist er gutgläubiger Eigenbesitzer geworden. Mithin verwandelte sich sein einfacher Besitz in Ersitzungsbesitz.

Ein Eigenbesitz, der zur Ersitzung führt, kann sich in gewöhnlichen Besitz verwandeln, wenn der Erwerber später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht: § 937 Abs. 2. Nach römischem Rechte schadet keine mala fides superueniens. Das B.G.B. folgt dem kanonischen Rechte.

Vierte Abteilung.

Besitzverlust.

§ 32. Vorbemerkung.

Das constitutum possessorium ist nicht bloß Besitzerwerb durch andere, sondern zugleich Besitzverlust in der Person dessen, der für einen andern erwirbt: sein Besitz wird in Detention verwandelt.

Das römische Recht kennt noch einen weitern Fall, wo sich Besitz ebenfalls in Detention umwandelt, aber ohne daß ein anderer der Besitzer wird. Dies ist das animo deponere possessionem, wofür zuerst Celsus und Marcellus eintraten: Ulp. fr. 34 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2. Dieser Besitzverlust scheint nur bei Grundstücken vorgekommen zu sein: Vac. poss., Bd. 1 S. 203 flg. Einen Anwendungsfall liefert Marcellus fr. 19 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2: ein gutgläubiger Besitzer lernt den Eigentümer kennen und mietet diesem das Grundstück ab. Hier wird der Besitzer bloßer Detentor, ohne daß der Eigentümer damit schon Besitz erlangt. Heutzutage haben wir hier eine Besitzumwandlung: der gutgläubige Besitzer wird zum Mietebesitzer.

Das constitutum possessorium kann auch noch heutzutage bei Hausgenossen vorkommen. Diesen Fall des Besitzverlustes lasse ich jetzt bei Seite.

Die Grundsätze des B.G.B. über den Besitzverlust enthält § 856.

'Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt aufgiebt oder in anderer Weise verliert.

Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt.'

Wegen des Eigenbesitzes ist zu vergleichen § 940.

Wir haben also einmal zu unterscheiden zwischen Eigenbesitz und gewöhnlichem Besitz, sodann zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust.

Der freiwillige Besitzverlust bedingt einen auf Aufgabe des Besitzes gerichteten Willen. Wo wir diesen Willen haben, liegt freiwilliger Besitzverlust vor, selbst wenn der Wille ein erzwungener sein sollte, in Gemäßheit der Regel 'ich habe gewollt, wenn ich auch gezwungen gewollt habe': Paul. fr. 21 § 5 Quod metus causa 4, 2. Vgl. Ulp. fr. 5 de ui 43, 16. Si per uim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius unde ui interdictum cessare, quoniam non est deiectus, qui compulsus est in possessionem inducere. Ein solcher Besitzverlust kann indes angefochten werden: B.G.B. § 123, 124.

Freiwilliger und unfreiwilliger Besitzverlust lassen sich nicht immer scharf von einander abgrenzen. Dies wird uns später entgegentreten bei den gesunkenen Waren: siehe unten § 33 Z. 2[a] S. 276; und der Verfolgung von Tieren: siehe ebendaselbst Z. 2[b] S. 277.

Es giebt keinen Besitzesverlust durch Zeitablauf oder Eintritt einer auflösenden Bedingung: Vac. poss., Bd. 1 S. 353. Wohl aber kann sich durch Zeitablauf oder Eintritt einer auflösenden Bedingung eine Besitzumwandlung vollziehen: wer eine Sache bis zur Bezahlung des Kaufpreises gemietet hatte, wird mit Bezahlung des Kaufpreises Besitzer anderer Art. Siehe oben § 31 Nr. II, 1 S. 255. Ferner kann ich ein Grundstück verlassen und den Besitz unter der Bedingung auf-

geben, daß ein anderer davon Besitz ergreife: siehe unten § 34 S. 285. Aber hier war ja das körperliche Verhältnis durch Verlassen des Grundstücks bereits aufgehoben.

Der Besitzverlust kann erfolgen in der Person des Besitzers, oder wenn andere für ihn den Besitz ausüben.

Besonders steht da der mittelbare Besitz, der vor allen Dingen als Besitzanspruch in Betracht kommt.

Wendt, Arch. für die civ. Pr., Bd. 87 S. 53 bemerkt: 'alles, was mit Einwilligung und unter Zulassung des Besitzers geschieht, kann auch vom mittelbaren Besitzer nicht mit possessorischer Klage verfolgt werden . . . das gilt nicht bloß für discedere, sondern auch für alles tradere und prodere.'

Allein wenn ein Mieter auszieht, so wandelt sich damit der mittelbare Besitz des Vermieters nur um in eigentlichen Besitz: siehe oben § 31 Z. 4 S. 261.

Wenn freilich jemand einen gemieteten Kahn forttreiben läßt, so ist damit auch dem mittelbaren Besitz ein Ende bereitet.

Andererseits kann der mittelbare Besitz verloren gehen, obwohl das körperliche Verhältnis in der Person des andern fortdauert.

Wir sahen oben § 12 S. 83: der mittelbare Besitz beruht auf einem Habenwollen für einen andern. Sobald der Inhaber, d. i. der wirkliche Besitzer, den Entschluß faßt, die Sache für sich zu haben, tritt in diesem Verhältnis eine Störung ein. Der Goldschmied, dem eine silberne Schale zur Ausbesserung übergeben, stellt sie in seinem Schaufenster zum Verkaufe aus und leugnet den Empfang. Diese Unterschlagung bewirkt eine Besitzumwandlung, und weil der Goldschmied gar nicht mehr für einen Dritten besitzen will, tritt Verlust des mittelbaren Besitzes ein. Neben einer Unterschlagung ist so wenig mittelbarer Besitz vorhanden, wie neben einem Diebstahle. Vgl. Gierke, Fahrnisbes., S. 7 Anm. 15.

Etwas anders liegt die Sache, wenn ein Mieter die Wohnung trotz Aufforderung des Vermieters nicht räumt; er behauptet vielleicht, sein Mietsvertrag sei noch nicht abgelaufen.

Dieser Mieter will ja noch immer für den Vermieter besitzen. Zwar ist insofern eine Störung eingetreten, als der Vermieter dieses Innehaben für sich nicht länger dulden möchte. Aus dieser Störung läßt sich aber unmöglich ein Verlust des mittelbaren Besitzes herleiten. Der Vermieter ist mit dem bloß mittelbaren Besitze nicht zufrieden, er will mehr haben: er will wieder wirklicher Besitzer werden. Zu diesem Zwecke muß der Mieter räumen. Durch Zeitablauf geht kein Besitz verloren, also auch nicht durch Beendigung eines Mietsvertrages. Mithin bleibt der Mieter nach wie vor Besitzer, und daneben besteht der mittelbare Besitz. Es genügt 'ein putatives Schuldverhältnis': Gierke a. a. O. Wenn freilich der Mieter recht gut wußte, daß die Mietszeit bereits um sei, dann tritt insofern eine Besitzumwandlung ein, als aus dem rechtmäßigen Besitzer ein unrechtmäßiger geworden. Und mit diesem unrechtmäßigen Besitze verträgt sich kein mittelbarer des Vermieters.

Einen andern Standpunkt nimmt ein Ulp. fr. 1 § 3 de loco publ. 43, 9: merito ait 'e lege locationis'. ultra legem enim uel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat. Dieser Besitz hörte demnach auf mit Ablauf der Pachtzeit.

1. Der gewöhnliche Besitz.

a) § 33. Unfreiwilliger Besitzverlust.

1. Besitzentziehung durch andere.

Ein unfreiwilliger Besitzverlust liegt vor, wenn jemand dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht: § 858. Mag er nun handeln gewaltthätig, heimlich oder gegen Verbot; mögen bewegliche Sachen oder Grundstücke in Frage stehen.

a) Bewegliche Sachen.

Dem Besitzer wird eine bewegliche Sache weggenommen: er wird entweder bestohlen oder auf offener Straße seiner Barschaft beraubt. Vgl. § 859 Abs. 2.

b) Grundstücke.

Oder dem Besitzer eines Grundstückes wird der Besitz entzogen: § 859 Abs. 3. Eine besondere Betrachtung erfordern die gewaltthätige Vertreibung und die heimliche Besitzentziehung.

α) Gewaltthätige Vertreibung.

Eine gewaltthätige Vertreibung liegt vor, wenn der Besitzer gewaltsam oder unter Bedrohung mit einem Verbrechen sein Grundstück zu verlassen genötigt bezw. an der Rückkehr gehindert wird. Besitzverlust ist mit der gewaltthätigen Vertreibung nur dann verbunden, wenn der Vertreibende Besitz ergreift. Sollte trotz gewaltthätiger Vertreibung kein Besitz ergriffen werden, so würde dies aufzufassen sein als vorübergehende Behinderung in Ausübung der thatsächlichen Gewalt. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 71.

Das römische Recht abweichend. Darnach haben wir zu unterscheiden zwischen den drei Fällen — Vertreibung durch physische Gewalt, Vertreibung durch Furchterregung und Verhinderung der Rückkehr — Vac. poss., Bd. 1 S. 49 flg.; Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bd. 5 S. 37 flg. Ward jemand von seinem Grundstücke durch physische Gewalt vertrieben, so trat Besitzverlust ein, ohne daß der Vertreibende vom Grundstücke Besitz zu ergreifen nötig hatte. In alter Zeit, wo mit dem Verlassen des Grundstücks der Besitzverlust von selbst gegeben, war dies eine notwendige Folge. Aber der Satz findet sich noch bei Paul. fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3 und ist damit Bestandteil der Justinian'schen Gesetzgebung geworden.

Den Gegensatz zwischen dem römischen Rechte und dem B.G.B. mag folgendes Beispiel veranschaulichen. — Ein Tischler war von einer Baubank wegen seiner gelieferten Tischlerarbeit nicht befriedigt worden. Eines Tages hielten zwei große Möbelwagen mit dem Meister und einer Anzahl Gesellen vor dem betreffenden Bau. Meister und Gesellen sprangen mit ihrem Handwerkszeug von den Wagen herab, stürmten in den

Bau, überwältigten in einem Handgemenge die sich ihnen unter dem Polier entgegenstellenden im Hause beschäftigten Zimmerer und begannen mit einer bewunderungswürdigen Schnelligkeit Fenstereinsätze, Thüren u. s. w. aus dem Hause zu entfernen. In kaum einer Stunde waren Erdgeschoß und drei Stockwerke von Fenstern, Thüren und sonstiger Tischlerarbeit befreit. — Nach römischem Rechte liegt hier vor Besitzverlust des Grundstückes. Nach dem B.G.B. ist anlangend das Grundstück nur eine vorübergehende Verhinderung anzunehmen, also blieb der Besitz erhalten; der Besitzverlust beschränkt sich auf die Gegenstände der Tischlerarbeit.

Es ist einerlei, ob die gewaltthätige Vertreibung dem Besitzer selber oder denen gegenüber vorgenommen wird, welche für ihn den Besitz ausüben: mögen es Mieter oder Hausgenossen sein. Die gewaltthätige Vertreibung des für ihn Besitz Ausübenden bringt den Besitzer um seinen Besitz, ohne daß er darum zu wissen braucht: Ulp. fr. 1 § 22, Labeo fr. 20 de ui 43, 16.

Selbst durch Bewältigung auf eignem Grundstücke geht der Besitz verloren. Man setze: was sich auf Schloß Chillon zutrug, was Kaspar Hauser widerfuhr, wäre dem eignen Besitzer geschehen. Vac. poss., Bd. 1 S. 353. Wenn dagegen ein Besitzer bezw. seine Hausgenossen oder Mieter lediglich zu dem Zwecke gefesselt und geknebelt würden, damit die Thäter in aller Bequemlichkeit das Besitztum ausplündern können, so wäre das nur als eine vorübergehende Verhinderung zu betrachten: Vac. poss., Bd. 1 S. 201 flg.

Die gewaltthätige Vertreibung kann sich auf das ganze Grundstück erstrecken oder nur einen Teil desselben umfassen. Schon für das römische Recht haben wir davon auszugehen: der Besitz des Angreifers reicht so weit, als seine Gewalt, nicht weiter. Ist es ihm nicht gelungen, den bisherigen Besitzer gänzlich zu verdrängen, so tritt eine reelle Teilung ein: Celsus fr. 18 § 4 de adq. u. am. poss. 41, 2; Vac. poss., Bd. 1 S. 194.

Ferner ist die Möglichkeit gegeben, daß mehrere Angreifer

sich gegenseitig beschränken: der Eine schlägt Holz im Walde, ein Zweiter treibt Vieh auf die Weide, ein Dritter fischt auf dem zum Grundstücke gehörenden Gewässer.

Der Satz erleidet nach römischem Rechte für Wohnhäuser eine Abschwächung. Die Parterrewohnung soll den Ausschlag geben: Ulp. fr. 3 § 7 Uti poss. 43, 17; Vac. poss., Bd. 1 S. 390 flg. Dies hängt damit zusammen, daß bei den Römern ein besonderer Besitz an Stockwerken nicht entwickelt worden. Nach Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bd. 5 S. 510 flg. haben freilich die Römer ein Superficiarrecht an einzelnen Stockwerken zugelassen. Aber es fehlt an jedem Quellenbeweise: A. Schmidt, Das Recht der Superficies, Ztschr. für Rechtsgesch., Bd. 24 S. 140.

Das B.G.B. § 865 anerkennt ausdrücklich einen eignen Besitz an abgesonderten Wohnräumen oder andern Räumen. Wir werden demnach bei Wohnhäusern ebenfalls die Möglichkeit einer teilweisen Entsetzung anzuerkennen haben. Ist es dem Eindringling nur gelungen, vom Parterre Besitz zu ergreifen, während der bisherige Besitzer sich im obern Stockwerke behauptete, so ist dem entsprechend eine reelle Teilung des Besitzes eingetreten.

β) Heimliche Besitzentziehung.

Für das römische und gemeine Recht geht die herrschende Ansicht dahin, daß es eine heimliche Besitzergreifung bei Grundstücken gar nicht gebe. Wir haben indes zunächst zu unterscheiden zwischen der kurzen und der langen Abwesenheit. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 453 flg. Gegen eine derartige Unterscheidung haben sich freilich neuerdings wieder erklärt Hirsch, Sachbesitzerwerb, S. 386 flg.; Klein, Sachbesitz, S. 182 flg.

Aber wie unrömisch die Vorstellung von der Unmöglichkeit einer heimlichen Besitzentziehung bei längerer Abwesenheit, mag noch durch eine Stelle aus Frontinus erhärtet werden. Derselbe warnt vor dem Gebrauche des Uti possidetis, wo man seines Besitzes nicht ganz sicher sei. Man solle dann lieber gleich zur formula petitoria greifen. Lachm. pag. 44

lin. 6—8: si uero possessio minus firma est, mutata formula iure Quiritium peti debet proprietas loci. Zu einem sichern Besitze genüge noch nicht, daß die Grenzen in Ordnung; lin. 13—15: ne praetereat nos, illut etiam tractare debemus, si arbores finitimas habet et locus est fere siluester, quo in genere est possessio minus firma, ne certetur interdicto. Es handle sich z. B. um einen Wald, der nur alle fünf Jahre durchforstet wird; lin. 16, 17: quod si silua cedua sit, post quintum annum parcissume repetatur. Vgl. Rudorff, Röm. Feldmesser, Bd. 2 S. 450. Allerdings dauert hier der Besitz fort, ohne daß ein körperliches Verhältnis vorhanden zu sein braucht; jedoch nur unter der Voraussetzung, daß nicht ein anderer inzwischen Besitz ergriffen hat. Wenn nun ein Besitz, den der alte Besitzer noch für einen gegenwärtigen hält, nach Frontinus ein unsicherer sein soll, so kann diese Unsicherheit nicht füglich anders entstanden sein als durch die Befürchtung einer heimlichen Besitzentziehung. Ebenso verhält es sich mit entlegenen Triften, die selten benutzt werden; lin. 21—23: si uero pascua sit et dumi ac loca (dum haec loca) pene solitudine derelicta, multo minorem possessionis habent fidem. propter quod minime de his locis ad interdictum iri debet. Von einem sichern Besitze, meint Frontinus, könne man nur da sprechen, wo sich die Besitzausübung in kürzerer Zeit wiederhole, wie dies der Fall bei Aeckern, Weingärten und Wiesen; lin. 24—26: de quibus autem locis ad interdictum iri potest, sunt fere culta, quae possessionem brebioris temporis testimonio adipiscuntur, ut arba aut bineae aut prata.

Für die Behandlung der kurzen Abwesenheit ist besonders lehrreich Ulp. fr. 6 § 1 de adq. uel am. poss. 41, 2. Ein Wochenmarktsbesucher hat niemand zurückgelassen, inzwischen ist sein Besitztum von einem andern eingenommen. Noch Labeo nahm heimliche Besitzentziehung an: uideri eum clam possidere. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 367 flg.; Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2 S. 322 flg.

Aber die Römer wurden zu einer andern Anschauung ge-

drängt durch das Fehlen eines interdictum de clandestina possessione. Ein solches kann es im Jahre 532 nicht gegeben haben, und sein Vorhandensein zu Cicero's Zeiten ist höchst fragwürdig: Vac. poss., Bd. 1 S. 470. Anderer Meinung freilich Karlowa, a. a. O., aber ohne neue Beweise beizubringen. Die Stelle Cic. de lege agr. 3, 3 § 11 ist durchaus nichtssagend und der Ausspruch Julian's bei Ulp. fr. 7 § 5 Comm. diu. 10, 3 einer Interpolation dringend verdächtig: Pflüger, Besitzklagen, S. 357. Zwar gegen die Interpolation, aber trotzdem gegen ein interdictum de clandestina possessione Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 66 flg.

Der Standpunkt Labeo's wurde verlassen und zunächst Besitzesfortdauer angenommen. Ließ nachher der Eindringling den Zurückkehrenden nicht ein, so betrachtete man dies als gewaltthätige Besitzergreifung.

Ich stelle jetzt dem römischen Rechte das B.G.B. gegenüber. Bei kurzer Abwesenheit geht zunächst der Besitz nicht verloren, weil es sich erst noch zu entscheiden hat, ob wir es mit einer bloß vorübergehenden Verhinderung zu thun haben oder nicht. Wo andererseits eine Villa einem Eindringling Monate lang als Behausung dient, kann man nicht mehr von einer vorübergehenden Verhinderung sprechen.

Wir haben also nach dem B.G.B. in ähnlicher Weise wie nach römischen Rechte kurze und lange Abwesenheit auseinanderzuhalten. Wäre freilich trotz längerer Abwesenheit der Eindringling alsbald bemerkt und wieder vertrieben, so würde nur eine vorübergehende Verhinderung vorliegen.

Die römische Auffassung führt zu weiteren Folgerungen. Sie verschafft dem Zurückkehrenden das Vertreibungsrecht und verhindert die Unterbrechung einer laufenden Ersitzung: Vac. poss., Bd. 1 S. 478.

Trotz alledem erkläre ich diese Auffassung nach wie vor für eine Künstelei und werfe zunächst die Frage auf: bedürfen wir derselben noch nach dem B.G.B.?

Wir haben hier im § 858, ebenso wie schon das Justi-

nian'sche Recht, ein interdictum de clandestina possessione. Der § 859 Abs. 3 gewährt das Vertreibungsrecht sofort nach der Entziehung des Besitzes, mithin darf dasselbe einem nur kurze Zeit Abwesenden nicht versagt werden. Außerdem gewährt das B.G.B. dem gewesenen Besitzer das Vertreibungsrecht in einem viel weiteren Umfange als das Justinian'sche Recht, wovon unten § 41 näher zu handeln. Was endlich die Unterbrechung der Ersitzung anbetrifft, so kann davon laut § 940 Abs. 2 keine Rede sein.

Sachliche Gründe stehen also nicht im Wege, um die römische Künstelei abzuwerfen. Bleiben wir daher bei der natürlichen Anschauung stehen, die sich zugleich mit einer logisch richtigen Denkweise decken dürfte.

Ich betrachte zunächst den Fall, daß der bisherige Besitzer aus Furcht vor dem Eindringlinge gar keinen Versuch macht, in sein Grundstück zurückzukehren. Hier können wir an einer heimlichen Besitzentziehung nicht füglich zweifeln. Dasselbe gilt schon für das römische und gemeine Recht: Vac. poss. Bd. 1 S. 121 flg., S. 349. Die herrschende Meinung zieht es freilich vor, diesem Falle möglichst aus dem Wege zu gehen.

Wenn allerdings derjenige, welcher die kurze Abwesenheit des Besitzers benutzte, um sich auf dessen Grundstücke häuslich einzurichten, gleich ausreißen sollte, sowie er den Besitzer zurückkehren hört, dann hat sich herausgestellt, daß die Behinderung nur vorübergehender Natur: also ist gar kein Besitzverlust anzunehmen.

Wie aber, wenn der Eindringling sich zur Wehr setzt? Gelingt es dem bisherigen Besitzer nicht, den Eindringling sofort zu vertreiben, geht er seines Besitzes verlustig. Es hat sich gezeigt, daß die Behinderung ihrer Natur nach nicht bloß vorübergehend.

In welchem Augenblicke ging dieser Besitz verloren? Ich sage: schon damals, als der Eindringling sich des Grundstückes bemächtigte. Die Besitzentziehung war eine heimliche, der Eindringling hat später seinen Besitz nur verteidigt.

An zwei Grundgedanken haben wir uns anzulehnen: jeder

fehlerhafte Besitz ist Willensbesitz, Wille im Rechtssinne ist Schlußfolgerung auf Grund äußerer Wahrnehmung.

Die äußere Thatsache kann später eintreten, als der Entschluß gefaßt war. Dann haben wir von dieser spätern Thatsache auf den frühern Willen zu schließen. So liegt der Fall beim Eindringling in ein verlassenes Grundstück. Seine Handlungsweise ist augenscheinlich eine heimliche. Ich weiß nur noch nicht, ob er sich dauernd festsetzen oder nur vorübergehend aufhalten will. Diese Gewißheit erlange ich, wenn der Eindringling dem zurückkehrenden Eigentümer den Zutritt verweigert. Die Gewaltthat läßt die heimliche Besitzergreifung als eine dauernde erscheinen. In den Motiven zum ersten Entwurfe Bd. 3 S. 104 wird ganz richtig bemerkt: 'Dabei kann der Ausgang lehren, daß eine Behinderung, deren Natur von vornherein nicht erkannt werden konnte, eine endgültige war.'

Und was sich als die natürliche, logisch richtige Auffassung erweist, scheinen Grundgedanke wie Wortlaut des B.G.B geradewegs zu verlangen. Damit einverstanden: Strohal, Sachbesitz, S. 106, 107; F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2 [3-4], § 36 Anm. 10; Bartels bei Gruchot, Jahrg. 42 S. 662; auch wohl Dernburg, Das bürgerl. Recht, Bd. 3 § 16 Nr. 3 S. 52.

Es heißt im § 858: 'Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht'. Das thut auch der, welcher sich die Abwesenheit des bisherigen Besitzers zu Nutze machte. Unter den Begriff der verbotenen Eigenmacht fällt sowohl der Diebstahl wie die heimliche Besitzentziehung von Grundstücken.

Sodann erwäge man das Verhältnis eines solchen Eindringlings Dritten gegenüber. Vom Standpunkte der römischen Künstelei ist folgender Schluß nicht zu vermeiden. Der Eindringling als Nichtbesitzer hat niemand gegenüber Besitzesschutz und kann von jedem beliebigen Dritten verjagt werden. Er steht also schlechter da als der fur. Vgl. Vac. poss. Bd. 1 S. 478, 479.

Was sagt hierzu unser B.G.B.? Nach § 857, 860 ist

das Recht der sofortigen Entsetzung nur eingeräumt dem bisherigen Besitzer und seinen Hausgenossen. Dritten gegenüber werden wir also einen solchen Eindringling jedenfalls für einen Besitzer erklären müssen. Selbst in dem Sinne, daß er eine Klage wegen Besitzentziehung hat, wenn es dem Dritten gelungen sein sollte, ihn sofort wieder hinauszuwerfen. Wie ist dieser Besitz erworben, der Dritten gegenüber Schutz genießt? Durch heimliche Besitzentziehung dem bisherigen Besitzer gegenüber.

Es bleibt noch die Frage zu erledigen: ist heimliche Besitzentziehung an Teilen eines Grundstückes möglich? Bei Abwesenheit des Besitzers jedenfalls. Ob auch bei dessen Anwesenheit? Das römische Recht antwortet im allgemeinen mit einem Nein: Vac. poss. Bd. 1 S. 192, 193, 353. Ausnahmen sind indes anzuerkennen, für den Umfang des interdictum quod ui aut clam: Vac. poss. Bd. 1 S. 468.

Vom Standpunkte des B.G.B. aus werden wir die heimliche Besitzentziehung, welche sich auf Teile eines Grundstückes beschränkt, weder bei Abwesenheit noch bei Anwesenheit des Besitzers ausschließen wollen. Bei Anwesenheit wird sie wohl nicht häufig vorkommen. Auch muß mehr vorliegen als eine vorübergehende Verhinderung. Daher werden wir den facile expulsurus bei Celsus fr. 18 § 3 de adq. uel am. poss. 41, 2 nach dem B.G.B. ebenfalls nicht als Besitzer anerkennen können.

2. Sonstige dauernde Behinderung.

a) Das Verlieren.

Ein unfreiwilliger Besitzesverlust an beweglichen Sachen tritt nicht bloß dann ein, wenn sich ein anderer unserer Sachen bemächtigt, sondern schon durch einfaches Verlieren.

Vom Verlieren ist auseinanderzuhalten das Verlegen. Wer eine Sache in seiner Obhut hat, sie nur nicht zu finden weiß, ist darum noch immer Besitzer. Paul. fr. 3 § 13 de adq. uel am. poss. 41, 2: quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

Zum Begriff des Verlierens gehört, daß die Sache sich nicht mehr in unserer Obhut befindet. Ein nur vorübergehendes Aufhören der Obhut ist aber nicht ausreichend. Ich lasse ein Messer im Walde liegen, gehe den andern Morgen wieder hin und finde es noch an derselben Stelle: dieses Messer hatte ich nie verloren.

Verloren ist ein Fernrohr, das in eine tiefe Schlucht gefallen. Paul. fr. 3 § 13 de adq. uel. am. poss. 41, 2: uas ita exciderit, ut non inueniatur, protinus desinere a nobis possidere. Verloren ist ein Portemonnaie, das jemand nicht wieder mit nach Hause brachte, wenn er keine Ahnung hat, wo es ihm entfallen sein mag. Pomp. fr. 25 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2: Si id quod possidemus ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere. 'Bewegliche Sachen werden in Folge einer Ueberschwemmung meilenweit fortgerissen': Strohal, Sachbesitz, S. 106. Sind Waren bei einem Schiffbruche gesunken, aber alsbald wieder hervorgeholt, so war der Besitz nie verloren; anders, wenn die Bergungsversuche erst geraume Zeit nachher angestellt wurden. Ulp. Pomp. fr. 13 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2: post tempus.

Das eigentlich Entscheidende für den Besitzverlust in Fällen dieser Art ist die fehlende Obhut, nicht die Nachlässigkeit: Vac. poss., Bd. 1 S. 29. Anderer Meinung wieder Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 21 Nr. 3[b] S. 64. Allerdings kann freiwilliger Besitzverlust nebenher gehen: jemand steht davon ab, die gesunkenen Waren zu bergen, weil ihm das Unternehmen zu schwierig und kostspielig vorkommt.

Unter Umständen genügt zur Erhaltung des Besitzes die Möglichkeit, zur Sache zu gelangen: vgl. unten § 37 S. 300.

b) Entfernung von Tieren.

Es sind zu unterscheiden gefangene wilde Tiere, gezähmte Tiere, zahme Tiere.

'Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier un-

verzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgiebt': B.G.B. § 960 Abs. 2. Diese für den Eigentumsverlust getroffene Bestimmung kommt für den Besitzesverlust ebenfalls in Betracht. Freiwilliger und unfreiwilliger Verlust gehen hier in einander über. Das Aufgeben der Verfolgung kann freiwilliger und unfreiwilliger Besitzverlust sein; möglich andererseits, daß fortgesetzte Verfolgung doch nichts genützt hätte.

Die entsprechende Bestimmung des römischen Rechtes bei Gai. fr. 3 § 2 de adq. rer. dom. 41, 1. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum uero euaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit. Aus dem naturalem folgert Dernburg, Pand., Bd. 1 § 223 Anm. 5: 'wenn ein Löwe aus einem zoologischen Garten entspringt und außerhalb des Gesichtskreises der Verfolger gelangt, so ist das Eigentum an ihm nicht verloren, denn diese Tiere können in Deutschland nicht in die natürliche Freiheit gelangen.' Derselben Ansicht wohl schon Leist, Civilistische Studien, Heft 3 S. 86 Anm. 2. Dagegen Czyhlarz, Forts. von Glück, Bd. 1 S. 47 Anm. 42; ich glaube mit Recht. Denn die Wiedererlangung der natürlichen Freiheit soll einen Gegensatz bilden zum nostra custodia coercetur. Ferner wird Dernburg geschlagen durch Gai. fr. 5 pr. de adq. rer. dom. 41, 1: Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum uel oculos nostros effugerit uel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.

Vom Standpunkte des B.G.B. aus kann es nicht füglich zweifelhaft sein, daß § 960 Abs. 2 auch auf den in einem zoologischen Garten oder aus einer Menagerie entsprungenen Löwen Anwendung leidet, da hier einfach von Wiedererlangung der Freiheit die Rede. Dies räumt ein Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 21 Nr. 3ᵃ S. 64; § 111 Nr. I, 2ᵃ S. 310.

Die unverzügliche Verfolgung ist dahin zu verstehen, daß sie alsbald Erfolg hat. Denn wenn mehr als eine bloß vor-

übergehende Verhinderung vorliegt, ist Besitzverlust anzunehmen. Je nach der Beschaffenheit der Tiere hat ein Erfolg bald mehr, bald weniger Wahrscheinlichkeit für sich. Ein schwerfälliger Pelikan, der sich aus einem Privattiergarten flüchtete, ist leichter wiederzuerlangen, als ein auf das Dach des Nachbarhauses entkommener Stieglitz. Siehe Czyhlarz a. a. O. S. 47 Anm. 42.

Einer Dame flog an einem Winterstage ihr Papagei fort, während sie mit dem Reinigen des Bauers und ihres Zimmers beschäftigt war. Er flog dem nächsten Walde zu und setzte sich hier auf einen Baum. Ein in der Nähe wohnender Müller sieht das Tier, schüttelt es von dem Baume und nimmt es in halb erfrorenem Zustande mit in seine Wohnung, wo es wieder ganz munter wird. Hat die Dame es an der unverzüglichen Verfolgung fehlen lassen, so ist sie ihres Papageies verlustig.

Dernburg a. a. O. S. 310 scheint zu bedauern, daß seine Ansicht nicht im B.G.B. zur Geltung gelangt. Beim Papagei mag sie einiges für sich haben. Aber beim Löwen, den der Eigentümer nicht unverzüglich verfolgt, wäre dem, der ihn erlegt und die Menschheit von diesem Schrecken befreit, wohl das Fell zu gönnen.

'Ein gezähmtes Tier wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren': § 960 Abs. 3. Dasselbe gilt für den Besitz. Denn solange die Rückkehrgewohnheit besteht, ist die Ausübung des Besitzes nur vorübergehend gehindert. Eine dauernde Behinderung liegt erst vor, sofern das gezähmte Tier, z. B. der gezähmte Fuchs, nicht wiederkommt. Für das römische Recht zu vergleichen Paul. fr. 3 § 16 de adq. uel am. poss. 41, 2. Quidam recte putant columbas quoque, quae ab aedificiis nostris uolant, item apes, quae ex alueis nostris euolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.

Wenn zahme Tiere nicht zurückkehren, z. B. ein Hund hat sich verlaufen, so geht zwar der Besitz verloren, während das Eigentum erhalten bleibt: Gai. fr. 5 § 6 de adq. rer. dom.

41, 1; Paul. fr. 3 § 13 de adq. uel am. poss. 41, 2: nam pecus simul atque aberrauerit .. ut non inueniatur, protinus desinere a nobis possideri.

Die Gegensätze, um die es sich hier handelt, sind nicht von Haus aus gegeben. Ursprünglich waren alle Tiere wild. Das zahme Tier ist ein Erzeugnis der menschlichen Kultur. Den Uebergang zum zahmen bildet das gezähmte Tier.

Ob eine scharfe Grenzlinie zwischen gezähmten und zahmen Tieren vorhanden? Die Römer betrachteten Pfaue und Tauben nur als zähmbar. Gai. fr. 5 § 5 de adq. rer. dom. 41, 1: Pauonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine auolare et reuolare solent. Der Pfau, welcher auf einem Gute einherstolziert, erscheint uns als Haustier. Ebenso zählen wir die Haustauben zu den Haustieren: Dernburg, Pand., Bd. 1 § 223 a. E.; Das bürg. Rt., Bd. 3 § 111 Nr. III, 1 S. 311.

Es kommt vor, daß Haustauben bei Nachbarn brüten, während sie sich ihr Futter immer noch von der alten Stelle holen. Hier ist der Nachbar nur Innehaber auf Grund von § 867. Der alte Besitz dauert also fort.

Wie steht es aber um die beim Nachbarn jung ausgebrüteten Tauben? Die sind meines Erachtens zunächst besitzerlos.

Man unterscheidet bei den Haustauben zwischen solchen, die ihr Futter zu Hause empfangen, und den Feldflüchtern, die nur dann gefüttert werden, wenn es im Felde für sie nichts mehr giebt.

Für diese Feldflüchter bestehen einschränkende landesrechtliche Bestimmungen. Nach dem weimar'schen Gesetz vom 12. Januar 1881 berechtigt der Besitz von Ländereien, die dem Feld- oder Gartenbau dienen, bis zu einem Hektar zur Haltung von zwei Paaren Feldflüchter. Mit jedem weiteren Hektar steigt die Zahl. Die unberechtigt gehaltenen Tauben unterliegen der Einziehung. Art. 130 des E.G. zum B.G.B. läßt die landesgesetzlichen Vorschriften 'über das Recht zur Aneignung der einem andern gehörenden, im Freien betroffenen Tauben'

unberührt. Ausgenommen sind aber die Militärbrieftauben: Reichsges. vom 28. Mai 1894.

Besondere Bestimmungen sind hinsichtlich der Bienen gegeben. Das römische Recht reiht sie den wilden Tieren an. Gai. fr. 5 § 5 de adq. rer. dom. 41, 1: nam et apes idem (auolare et reuolare) faciunt, quarum constat feram esse naturam. Bälz, Das Recht an Bienen, S. 6 flg., sucht für die Gegenwart die zahme Natur der Bienen zu verteidigen. Allein das B.G.B. auf Grund sachverständiger Urteile hat an der Auffassung des römischen Rechtes festgehalten: die Bienen sind keine zahmen Haustiere, sondern zähmbare bezw. gezähmte wilde Tiere.

Dies tritt uns deutlich entgegen in § 961: 'Zieht ein Bienenschwarm aus, so wird er herrenlos, wenn nicht der Eigentümer ihn unverzüglich verfolgt oder wenn der Eigentümer die Verfolgung aufgiebt.' Die drei Entwürfe I § 906, II § 876, III § 945 haben noch den Zusatz: 'oder ihn (den Schwarm) dergestalt aus dem Gesichte verliert, daß er nicht mehr weiß, wo sich der Schwarm (derselbe) befindet.' Gegen die Fassung des ersten Entwurfes richten sich die Angriffe bei Bälz a. a. O. S. 99 flg.

Der ganze § 961 mit Ausnahme des Eingangssatzes entspricht dem Abs. 2 des § 960. So möchte man meinen, ein Bienenschwarm sei einem gefangenen wilden Tiere gleich behandelt. Allein die Besonderheit bringt der Eingangssatz 'Zieht ein Bienenschwarm aus.' Und diese Besonderheit besteht sowohl gefangenen wilden als freien gezähmten Tieren gegenüber.

Das Band, welches die Bienen im Besitze des Menschen erhält, ist die Gewöhnung an eine bestimmte Bienenwohnung. Insofern stehen sie auf gleicher Stufe mit andern gezähmten Tieren, die an den ihnen bestimmten Ort zurückkehren. Bei andern Tieren merkt man aber den Besitzverlust durch Entfernung nicht eher, als durch ihr Ausbleiben. Hiervon unterscheiden sich die Bienen.

Es liegt in ihrer Natur, daß sie schwärmen, wenn der Stock volkreich geworden. Regt sich in einem Volke der Schwarm-

trieb, so sorgen die Arbeitsbienen für Erbrütung von Königinnen. Vor dem Ausschlüpfen der ersten neuen Königin wird die alte Königin veranlaßt, mit einem Teil der Bienen den Stock schwärmend zu verlassen. Die zurückbleibenden Bienen erhalten eine neue Königin, die vielleicht ebenfalls schwärmt, wenn das Volk noch weitere Schwärme abgeben will.

Der ausziehende Bienenschwarm hat nicht die Absicht zurückzukehren. Deshalb geht Besitz und Eigentum verloren, wenn nicht unverzügliche Verfolgung eintritt.

c) Unzugänglichkeit bei Grundstücken.

Grundstücke können zwar nicht verloren gehen, aber unzugänglich werden. So ist eine Ueberschwemmung im Stande, dem Besitzer den Zutritt zu verwehren. Damit verbindet sich indes nicht ohne weiteres ein Besitzverlust. Hierzu ist erforderlich, daß die Ueberschwemmung mehr dauernder Natur. Auch ist nur so weit Besitzverlust anzunehmen, als das betreffende Grundstück vom Wasser ergriffen worden.

Eine Ueberschwemmung des Meeres, durch Stürme hervorgerufen, ist nicht dauernder Natur: denn das Meer wird zurücktreten, sobald die Stürme nachlassen.

Ebenso verhält es sich mit Ueberschwemmung der Flüsse, verursacht durch Schneetauen im Gebirge.

Der Besitz an einer Alpenmatte dauert fort, 'auch wenn Monate hindurch der Zutritt zu ihr 'der Lawinen wegen unmöglich ist': Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 188 S. 76.

Brennt ein Haus ab, so bleibt darum das Grundstück noch zugänglich; also dauert der Besitz am Grundstücke fort. Das Haus als solches kann freilich nicht mehr besessen werden, insofern haben wir den Besitz teilweise verloren. Vgl. F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3.4] § 36 S. 150.

d) Verbindung.

Der Besitz einer Sache kann durch dauernde Verbindung mit einer andern verloren gehen. Welche Grundsätze bei einer Verbindung für das Eigentum in Betracht kommen, ersehen

wir aus den §§ 946—948. Für den Besitz fehlen besondere gesetzliche Bestimmungen: wir sind also darauf angewiesen, die betreffenden Sätze aus der Natur des Besitzes zu entwickeln.

Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden, daß sie als wesentlicher Bestandteil des Grundstückes erscheint, so erstreckt sich nach § 946 das Eigentum an dem Grundstücke mit auf diese Sache. 'Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstückes gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen': § 94 Abs. 1 S. 1.

Was hier für das Eigentum bestimmt, findet füglich auch beim Besitze Anwendung. Die Schiefertafeln oder Balken meines Hauses, die Bäume meines Gartens besitze ich nicht als solche. Dies entspricht nach Dernburg Pand. Bd. 1[4] § 176 Anm. 6 der Logik, wie dem römischen Rechte. Also der Besitz, welchen ich an den einzelnen Baumaterialien hatte, geht durch Einfügung in mein Haus unter; ebenso verhält es sich mit den Bäumen, die ich pflanze. Das ist unfreiwilliger Besitzverlust, der nicht deshalb eintritt, weil ich die Verbindung will; er ist vielmehr eine Folge, welche das Recht an die Verbindung knüpft. Dernburg Das bürg. Rt. Bd. 3 § 15 Nr. 3 befürwortet freilich einen Sonderbesitz an Bäumen, die in fremder Erde stehen u. s. w. Siehe darüber oben § 9 S. 69.

Was die Verbindung beweglicher Sachen mit beweglichen anbetrifft, so können wir uns hier weniger an die für das Eigentum gegebenen Vorschriften anlehnen. Anlangend den Besitz, so ist vor allen Dingen das körperliche Verhältnis maßgebend. Ferner besitze ich verbundene Sachen immer nur als solche, nicht die einzelnen Teile. Wenn ich zum Goldschmied Stein und Ring bringe, damit er den Stein dem Ringe einfüge, so besitze ich nach dieser Einfügung nicht mehr Ring und Stein als etwas Getrenntes, sondern beides zusammen als ein Ungetrenntes. Der Besitz an den beiden einzelnen Sachen hat

aufgehört und einem Besitz an der neuen, durch Verbindung entstandenen Sache Platz gemacht.

Allerdings lehrt Pomp. fr. 30 § 1 de usurp. 41, 3: quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo uerum est et aurum et gemmam possideri et usacapi, cum utrumque maneat integrum.

Ob der Schlußsatz cum .. integrum interpoliert, wie Eisele, Ztschr. für Rtsgesch., Bd. 26 R.A. S. 148, 149 annimmt, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist es unrichtig, wenn Pomponius der Meinung, daß Stein und Ring nach der Verbindung noch besonders besessen würden. Pomponius mag zu dieser Ansicht verleitet sein durch die Vorstellung, daß die Ersitzung der einzelnen Sachen fortdauern müsse. Ich werde auf diesen Punkt unten § 35 S. 291 zurückkommen.

Eine andere Art von Besitzverlust durch Verbindung ergiebt sich aus § 964 des B.G.B. Ist ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogen, so erlöschen Eigentum und sonstige Rechte an dem eingezogenen Schwarme. Dies gilt auch vom Besitze. Der bisherige Besitzer steht anders da, wie wenn der Schwarm in eine fremde nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen wäre. In diesem Falle bleibt ihm sein Besitz vorläufig erhalten, deretwegen er laut § 962 zur Selbsthülfe berechtigt ist. Von dem entsprechenden Besitzerwerb an dem fraglichen Bienenschwarm, welcher dem Besitzer der besetzten Bienenwohnung zufällt, war schon oben § 15 S. 100 die Rede.

b) § 34. Freiwilliger Besitzverlust.

Mit der freiwilligen Besitzaufgabe verbindet sich entweder die Absicht, einer bestimmten Person zum Besitzerwerbe Gelegenheit zu geben, oder es ist diese Absicht nicht vorhanden. Im erstern Falle haben wir die Uebergabe, im andern liegt vor einseitiges Aufgeben. Die Mittelfälle — Uebergabe an eine unbestimmte Person, Wurf unter die Menge — lasse ich hier bei Seite: siehe darüber oben § 17 S. 105.

Die Besitzaufgabe im einen wie im andern Falle ist eine Willenserklärung. Sind Geschäftsunfähige dazu im Stande? Nach Lobe Ueber den Einfluß des B.G.B. auf das Strafrecht S. 36 'kann ein Entmündigter ebensowohl wie ein Kind unter sieben Jahren unter Umständen sehr wohl fähig sein, Besitz an einer Sache aufzugeben, sie aus der thatsächlichen Herrschaft zu entlassen'. Dies mag da richtig sein, wo der Erwerb auf den natürlichen Willen des Kindes, des Entmündigten zurückgeht. Ein Kind hat ein Stück Bernstein gefunden, später wieder weggeworfen. Eine große Tragweite darf man dieser Frage kaum beimessen. Ein Kind, das Bernstein gefunden, diesen wieder wegwarf und ohne Bernstein nach Hause kam — hat es den Besitz nicht aufgegeben, so hat es die thatsächliche Gewalt über die Sache jedenfalls in anderer Weise verloren.

Zu einer Uebergabe im Rechtssinne ist ein Entmündigter, ein Kind u. s. w. nicht im Stande. Denn die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nach § 105 Abs. 1 nichtig. Es kann aber durch eine solche Uebergabe ein unfreiwilliger Besitzverlust herbeigeführt werden. Vgl. F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3,4] § 36 S. 151 Anm. 13.

1. Die Uebergabe.

Die Uebergabe setzt sich zusammen aus Besitzaufgabe einerseits und Besitzerwerb andererseits. Beides betrachteten die Römer ursprünglich als zwei selbständige Thatsachen: der Besitz ging verloren, wenngleich auf der andern Seite kein Besitz erworben wurde. Im allgemeinen ist dies sogar der Standpunkt des Justinian'schen Rechtes geblieben. Celsus fr. 18 § 1 de adq. uel am. poss. 41, 2: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter uult quis dimittere, quam si transferat: immo uult dimittere, quia existimat se transferre. Vac. Poss., Bd. 1 S. 82 flg.

In Bezug auf Grundstücke sind folgende Sätze hervorzuheben. Wenn ein Römer den Besitz an einem Grundstücke

übertragen wollte, so mußte er von Haus aus sein Grundstück räumen; damit war der Besitz verloren. Derjenige, der den Besitz erwerben wollte, mußte sodann das Grundstück betreten. Also ursprünglich zwei Handlungen, zunächst Besitzverlust, darauf Besitzerwerb, und beide Handlungen getrennt durch einen besitzlosen Zustand.

Die Aufgabe des Besitzes an Grundstücken, damit ein anderer den Besitz erwerbe, ist uacuae possessionis traditio, Einräumung leeren Besitzes, die sich zur Volltradition verhält, wie der Teil zum Ganzen. Ursprünglich war die Einräumung leeren Besitzes als solche Besitzverlust. Diese Auffassung tritt uns noch entgegen in der Schenkung des Flauius Syntrophus Zle. 24, die ich lieber ins zweite als dritte Jahrhundert setzen möchte, Bruns n. 114: inde excessisse desisseque possidere dixit.

Papinian war es vorbehalten, Verlust und Erwerb zu einander in Beziehung zu setzen, freilich nur für bestimmte Fälle: fr. 44 § 2 de adq. uel am. poss. 41, 2. fr. 18 pr. de ui 43, 16. Der besitzlose Zustand wird dadurch überbrückt, daß er den Besitzerwerb zu einer Voraussetzung des Besitzverlustes macht, Besitzverlust durch Besitzerwerb bedingt erscheinen läßt. Die Absicht, den Besitz aufzugeben, war nur unter der Voraussetzung gefaßt, daß derjenige, dem leerer Besitz eingeräumt worden, vom Grundstücke Besitz ergriffen hatte. Des Papinian'schen Gedankens bemächtigt sich Ulpian in fr. 34 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 88.

Die hier ins Auge gefaßte Anschauung bewegte sich nur auf einem beschränkten Gebiete, daneben bleibt für das ridiculum est des Celsus noch genügend Raum.

Ich habe früher die Ansicht verteidigt, daß das römische Recht auf halbem Wege stehen geblieben. Mit dem, was Papinian für einen besonderen Fall ermittelt, sei das Wesen der Tradition überhaupt gekennzeichnet. Ich bin doch wohl zu weit gegangen. Man wird vielmehr mit Dernburg — Pand.,

Bd. 1 § 182 Anm. 10; Das bürg. Rt., Bd. 3 § 21 Anm. 3 — unterscheiden müssen.

Auf Seiten des Uebergebenden sind zunächst zwei Willenserklärungen vorhanden: er erklärt einmal, den Besitz der Sache verlieren zu wollen; er erklärt ferner, daß diesen Besitz ein anderer erwerben solle. Daneben Beseitigung des körperlichen Verhältnisses zur Sache: Verlassen des Grundstückes, Aufgeben der Obhut. Beide Willenserklärungen können außerdem begleitet sein vom Willen zum Erfolge. Dieser Erfolg hängt von dem Willen des andern ab. Derselbe muß erklären, daß er die Sache erwerben wolle, und ein körperliches Verhältnis zur Sache herstellen. Aber die Absicht, den Besitz aufzugeben, ist nur unter der Voraussetzung gefaßt, daß der Erfolg eintrete. Vac. poss., Bd. 1 S. 308 flg.

Das ist die eine Möglichkeit. Die andere Möglichkeit: daß der Uebergebende den Besitzverlust gar nicht von dem Willen des andern, die Sache zu erwerben, abhängig macht. So wird es sich meistens verhalten bei Aushändigung beweglicher Sachen. Diese Auffassung ist für eine Besitzlehre, wie sie das B.G.B. enthält, wo der thatsächlichen Gewalt so große Bedeutung zukommt, um so mehr geboten. Insonderheit ist zu beachten, daß ein Besitzerwerb ohne Willen eintreten kann: also auch bei einer Uebergabe, schon bevor der Erwerbensollende seinen Willen äußerte. Ich erinnere an die Banknoten, mit denen ein gütiger Onkel die Brieftasche seines Neffen beschwerte: § 15 Nr. II S. 97; an das Armband, welches der Ehemann seiner noch schlafenden Frau um deren Handgelenk befestigte: § 15 Nr. I S. 95.

2. Einseitiges Aufgeben.

Besitzverlust durch einseitiges Aufgeben ist nur in der Weise denkbar, daß die Aufgabe des Besitzes in der Behandlung der Sache äußerlich hervortrete.

Die Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Die Beseitigung des körperlichen Verhältnisses trifft mit der Erklärung zusammen oder geht ihr schon vorauf. Ich

lasse eine Flasche Bier, die ich mir unterwegs gekauft hatte, als leere im Coupé zurück. Eine Dame verliert unterwegs einen Teil ihres Lockenbaues; ein hinter ihr gehender Arbeiter hebt denselben auf, um ihn der Dame zu überreichen; die Dame stellt in Abrede, Besitzerin des Lockenbaues zu sein, und verweigert die Annahme.

Bei beweglichen Sachen wird mit Aufgabe des Besitzes meistens Eigentumsverlust verbunden sein, wenn der bisherige Besitzer dieses Eigentum hatte. Doch giebt es Ausnahmen. Wenn Waren bei einem Schiffbruche sanken und nicht alsbald Bergungsversuche gemacht wurden, so erscheint zwar der Besitz als aufgegeben, aber nicht das Eigentum: Ulp. Pomp. fr. 13 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2; H.G.B. § 740 flg.

Anders bei unbeweglichen Sachen. Es läßt z. B. jemand von seinem Grundstücke einen Teil als öffentlichen Weg benutzen. Hier hat er seinen Besitz insofern aufgegeben, als ihm nur die Mitbenutzung geblieben, wie sie andern auch zusteht. Damit ist aber noch kein Eigentumsverlust verbunden; der Betreffende ist befugt, die Einrichtung wieder rückgängig zu machen.

Das Eigentum an dem Grundstücke erlischt erst, wenn der Verzicht in das Grundbuch eingetragen: § 928 Abs. 1. Das Recht zur Aneignung eines aufgegebenen Grundstückes steht nicht jedermann zu, sondern nur dem Fiskus des Bundesstaates oder den nach Landesgesetz Berechtigten: B.G.B. § 928 Abs. 2; E.G. Art. 129.

2. Der Eigenbesitz.

a) § 35. Das römische Recht.

Von Haus aus waren usus und possessio verschiedene Begriffe: Pernice, Labeo, Bd. 1 S. 398; Bekker, Recht des Besitzes, S. 296. Ununterbrochene Dauer dürfen wir nicht als Merkmal des usus hinstellen. Dies sehen wir daraus, daß eine Frau den usus erst unterbrach, wenn sie ein trinoctium, also drei Nächte hinter einander einschließlich der dazwischen liegenden beiden Tage, vom Manne entfernt gewesen war:

Gai. I, 111; Gell. N. A. 3, 2 § 13. Ein Ausbleiben von zwei Nächten und zwei Tagen schadete also nichts. Aehnlich haben wir uns den usus bei Sachen, z. B. einem Feldgrundstücke zu denken. Wer zwei Jahre lang dasselbe bewirtschaftete, hatte ersessen, ohne daß er fortwährend auf demselben sich aufzuhalten brauchte. Ferner erinnere ich an das uti der alten Grundstücksdienstbarkeiten: Ulp. fr. 1 pr., fr. 3 § 11 de itinere actuque 43, 19; fr. 1 pr. § 6 de fonte 43, 22.

Der usus wurde in alter Zeit gar nicht durch jeden Besitzverlust unterbrochen, sondern durch usurpatio. Die alte Regel hat uns noch Paul. fr. 2 de usurp. 41, 3 aufbewahrt: usurpatio est usucapionis interruptio. Usurpare ist ein gewaltsames Ansichreißen des Gebrauches, mag es hervorgegangen sein aus usum rapere 'den Gebrauch an sich reißen' oder usu rapere 'durch Gebrauch an sich reißen' oder usui rapere 'zum Gebrauch an sich reißen': Karlowa, Röm. Ehe, S. 67; Römische Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 401; Vanicek, Et. Wörterbuch der lat. Spr., S. 18.

Diese usurpatio ist in erster Linie nicht nach der Seite des Besitzverlustes weiter ausgebaut, sondern durch Anfügung einer symbolischen Gewalt mit neuem Inhalt versehen. Man unterschied ein naturaliter interrumpere possessionem und ex iure ciuili usurpare. Cic. de oratore 3, 28 § 110: sed ut ex iure ciuili surculo defringendo usurpare uideantur, und dazu Huschke, Zeitschr. für Civilrecht u. Proc., N. F. Bd. 2 S. 142 flg. Noch Gajus in fr. 5 de usurp. 41, 3 macht ganz den Eindruck, als ob er nicht darüber hinausgekommen sei.

Im Laufe der Zeit sind usus und possessio mit einander verquickt worden. Insonderheit ist vorgekommen, daß die Ersitzung dem Besitzbegriffe vorgearbeitet hat. So dauerte der Besitz am flüchtigen Sklaven ursprünglich nicht fort: Vac. poss., Bd. 1 S. 145 flg. Anderer Meinung freilich Goldschmidt, Festgabe für Gneist, S. 94; Hirsch, Principien, S. 527. Ebensowenig an den Sachen, die ein flüchtiger Sklave entwandt hatte. Zunächst ließ man am Sklaven sowohl wie

diesen Sachen die Ersitzung fortlaufen; daraus hat sich erst die Vorstellung entwickelt, daß der Besitz fortdauere: Ulp. Iul. fr. 17 § 3 de furtis 47, 2; Iul. fr. 33 § 6 de usurpat. 41, 3. Verkannt hat diese geschichtliche Entwicklung Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1 § 131 S. 457, 458. — Beim Utrubi haben wir die Vorstellung: Sieger im Besitzesstreite bleibt derjenige von beiden, welcher dem Erwerb durch einjährigen usus am nächsten steht.

Die Heranziehung des Besitzverlustes für Unterbrechung der Ersitzung scheint in Verbindung zu stehen mit einem neuen Merkmale, das man für den Beginn der Ersitzung aufstellte, dem guten Glauben. Wenn jemand den Besitz einer Sache in gutem Glauben erworben, darauf verloren, dann wieder erworben hatte zu einer Zeit, wo er bereits wußte, die Sache sei eine fremde, sagte man: jetzt kann von Ersitzung keine Rede sein. Der Käufer eines Grundstückes wird vertrieben. Als er das Grundstück kaufte, war er in gutem Glauben; er erlangt es wieder mit dem Interdictum de ui, weiß aber jetzt, daß es ein fremdes. Keine Ersitzung. Hier fallen Besitzverlust und usurpatio noch zusammen. Anderes Beispiel. Ein gekaufter Sklave wird wegen Fehler u. dgl. dem Verkäufer zurückgegeben, der jetzt weiß, was ihm früher nicht bekannt war. Kein Fortlauf der Ersitzung. Also erscheint der Besitzverlust als Unterbrechungsgrund für die Ersitzung: Iulianus fr. 7 § 4 pro emptore 41, 4; Paulus fr. 15 § 2 de usurp. 41, 3. In dem Satze bei Julian quare si eo tempore redhibeatur homo quo emptor scit alienum esse ist emptor der Nehmer im Sinne von Verkäufer: vgl. Soc. publ., Bd. 1 S. 97.

Einen recht allgemein lautenden Satz, wenn auch sich anlehnend an einen bestimmten Fall, finden wir bei Scaeuola fr. 5 pro donato 41, 6: respondi eum de quo quaeritur omisisse uideri possessionem et ideo usucapionem interruptam. Solche Allgemeinheit ist dann ein Grundgedanke unserer Lehrbücher geworden: Windscheid, Pand., Bd. 1[7]

§ 180 S. 542; Brinz, Pand., Bd. 1² § 163 S. 637; Dernburg, Pand., Bd. 1⁴ § 221 S. 523.

Aber noch das Justinian'sche Recht kennt von diesem Satze nicht weniger als fünf 'zum Teil recht weit reichende Ausnahmen.

Dem Erben wurde nicht bloß gestattet, sich den Usucapionsbesitz seines Erblassers anzurechnen, eine vom Erblasser angefangene Ersitzung konnte sich sogar vor der Erbschaftsantretung vollenden. Die Ersitzung kümmert sich gar nicht um den Besitz des Erben: siehe oben § 19 S. 193.. Ebensowenig wurde auf den bösen Glauben des Erben Rücksicht genommen: Pap. fr. 43 pr. de usurp., fr. 11 de diu. temp. 44, 3; Paul. fr. 4 § 15 de usurp., fr. 2 § 19 pro emptore 41, 4; Ulp. fr. 7 § 12 de Publ. 6, 2. Noch auf den guten Glauben oder sonstigen Irrtum: Pomp. fr. 31 § 6 de usurp.; c. 3 Comm. de usuc. 7, 30: intentionem tuam contra successorem eius, licet bona fide possidet, propter initii uitium usucapio non absumpsit. Noch auf einen in der Mitte stehenden Erben, der keinen Besitz ergriffen hatte: Paul. fr. 2 § 18 pro emptore 41, 4.

Der Kriegsgefangene ging seines Besitzes verlustig. So wenigstens Iauolenus fr. 23 § 1 de adq. uel am. poss. 41, 2. Gleichwohl konnte eine Usucapion für ihn nicht bloß fortlaufen, sondern sogar neu beginnen. Dies galt nach einer zu Julian's Zeiten verbreiteten Ansicht für diejenigen Sachen, welche zum Peculium der Kinder oder Sklaven gehörten. Marcell ließ die Usucapio ebenso bei den Sachen fortdauern, die der Kriegsgefangene selbst besessen hatte. In letzterer Beziehung waren Papinian, Ulpian, Tryphonin freilich anderer Meinung. Vgl. Iulianus fr. 22 § 3 de capt. 49, 15; Tryph. fr. 12 § 2 daselbst; Paul. fr. 15 pr. de usurp. 41, 3; Pap. fr. 19 ex quib. caus. 4, 6; Ulp. fr. 23 § 1 daselbst: hierzu Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1 § 135. Ferner sehen wir Papinian in fr. 44 § 7 de usurp. bemüht, Besitz und Ersitzung mit einander in Einklang zu bringen: cum prius esset, ut quod usucaptum diceretur, possessum foret.

Auf anderweitige Abhülfe verweist uns derselbe bei Ulp. fr. 23 § 2 ex quib. caus. 4, 6. Item ei, qui per captiuitatem fundi possessionem uel usus fructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait et fructus quoque medio tempore ab alio ex usu fructu perceptos debere captiuo restitui aequum putat.

Durch Tradition geht der Besitz verloren, sofern kein Detentionsverhältnis begründet wird. Trotzdem ist der Erwerber berechtigt, sich den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers anzurechnen: c. un. § 3 de usuc. transf. 7, 31. Ein besonderer Fall bei Iulianus fr. 39 de adq. uel am. poss. 41, 2. Wegen der Interpolation et hoc aperte fuerit approbatum siehe Eisele, Ztschr. für Rechtsgesch., Bd. 24 S. 25. Nach Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 580 'hätte weder l. 17 § 1 D. dep. 16, 3, noch l. 39 D. de. a. p. 41, 2 in Justinian's Rechtsbücher aufgenommen werden dürfen'. Ueber eine verwandte Erscheinung, Anrechnung beim Utrubi, Ubbelohde a. a. O. S. 580 flg.

Bei der Hingabe zu Faustpfand geht nach römischer Anschauung der Besitz verloren, gleichwohl läuft die Usucapion in der Person des Verpfändenden fort: Iauolenns fr. 16 de usurp. 41, 3; Iulianus fr. 36 de adq. uel am. poss. 41, 2; Paul. fr. 1 § 15 ebendaselbst. Und eine so fortlaufende Ersitzung wird durch Erbfall ebensowenig unterbrochen wie eine beim Ableben mit Besitz verbunden gewesene: Paulus fr. 88 de adq. uel am. her. 29, 2 und dazu Ihering, Abh., S. 248; Köppen, Lehrbuch des röm. Erbrechts, S. 53 Anm. 2.

Wer Ziegeln oder Säulen bei einem Hausbau verwendete, verliert an diesen Sachen als solchen den Besitz: siehe oben § 33 S. 282. Gleichwohl läuft eine angefangene Ersitzung fort. Daß Labeo in der vielbesprochenen Entscheidung bei Pomp. fr. 30 § 1 de usurp. 41, 3 Besitzverlust annahm, dafür spricht das nihilo minus bei usucapturum sowie der durch possideri und usucapi zum Ausdrucke gebrachte Gegensatz. Vgl. Dernburg, Pand., Bd. 1[4] § 176 Anm. 6.

Anderer Meinung freilich Hackfeld-Pflüger, Ueber Besitz und Ersitzung von Teilen einer Sache, S. 7. Czyhlarz, Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession, S. 46 betont den Gegensatz von Beweglichkeit und Unbeweglichkeit. 'Mit der Besitzfrage hat das Ganze nichts zu thun.' Gegen die völlig unhaltbare Erklärung von Hölder, Arch. für die civ. Pr., Bd. 61 S. 293 flg., wiederholt Kr. Vierteljahrsschr., Bd. 29 S. 447 flg., haben sich mit Recht erklärt Pflüger a. a. O. S. 38 flg., sowie Eisele in Ihering's Jahrbüchern Bd. 24 S. 517 flg.

Diese Ausnahmen beweisen jedenfalls so viel, daß noch das Justinian'sche Recht die Ersitzung keineswegs bedingungslos an den Besitz ausgeliefert hat. Trotz Besitzverlustes ließ man die Ersitzung ruhig fortlaufen, wo die Bedürfnisse des Lebens dies zu fordern schienen. Die Ausnahmen, die man machte, sind viel umfangreicher als das Gebiet, welches für die Regel übrig bleibt. Darf man unter diesen Umständen noch von einer Regel sprechen?

Die Allgemeinheit der Regel ist um so nachdrücklicher zu bekämpfen, als sie auf die nachrömische Besitzlitteratur, insonderheit auch die neuere, einen förmlichen Druck ausgeübt hat. Die Fortdauer des Besitzes erscheint als begriffliche Notwendigkeit: Ihering, Besitzwille, S. 198, 199. Man ist nur zu geneigt, einen Besitz um deswillen fortdauern zu lassen, weil sonst die Ersitzung unterbrochen würde: Ihering, a. a. O. S. 366. Es kann dem Besitzbegriffe nur zum Vorteile gereichen, wenn wir ihn wieder mehr für sich betrachten und von diesem Bleigewichte zu befreien suchen. Kämen wir auf diese Weise zu Ergebnissen, die für die Ersitzung nicht passen wollen, so wäre es nur angezeigt, hier einzusetzen, nicht aber um deswillen den Besitzbegriff in Verwirrung zu bringen.

Daß diese Verwirrung von römischen Juristen mit verschuldet, soll nicht geleugnet werden. In dieser Beziehung komme ich noch einmal zurück auf den Ausspruch des Pomponius in fr. 30 § 1 de usurp. 41, 3: et aurum et gemmam possideri et usucapi. Vgl. oben § 33 Nr. 2[d] S. 283.

Czyhlarz, Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession, S. 32 bemerkt: 'falls später die gemma seitens des Besitzers beider mit dem anulus verbunden wird, die Ersitzung beider weiter geht und trotz der Verbindung zu verschiedenen Zeiten vollendet werden kann.' Sehr richtig. Aber aus dieser Möglichkeit folgt nichts für eine Besitzesfortdauer an den einzelnen Bestandteilen.

b) § 36. Das B.G.B.

Das B.G.B. § 940 Abs. 1 bringt den Satz: 'Die Ersitzung wird durch den Verlust des Eigenbesitzes unterbrochen.' Damit haben wir zunächst die Anschauung der gemeinrechtlichen Schriftsteller.

§ 943. 'Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zu Statten.' Diese weitreichende Ausnahme ist ebenfalls dem gemeinen Rechte entnommen.

Dann heißt es § 940 Abs. 2. 'Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder mittelst einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat.' Aeußerlich zwar Anlehnung an das gemeine Recht, dem aber doch auf dem Wege der Fiktion ein Schnippchen geschlagen. Wir werden gut daran thun, die Fiktion mit einer die Wirklichkeit veranschaulichenden Sprache zu vertauschen. Dann erhalten wir folgende Sätze.

Unfreiwilliger Besitzverlust hat eine Unterbrechung der Ersitzung noch nicht zur Folge. Ist aber der Besitz binnen Jahresfrist nicht wieder erlangt, so soll die Ersitzung unterbrochen sein, falls nicht inzwischen Klage erhoben wurde. Die Erhebung der Klage bewirkt, daß noch nach Ablauf des Jahres die Ersitzung fortläuft.

Man kann dies auch so ausdrücken. Unfreiwilliger Besitzverlust genügt nicht, um eine Ersitzung zu unterbrechen. Es muß hinzukommen eine Ausschlußfrist. Dauer der Ausschluß-

frist ein Jahr. Unterbrechung des Fristenlaufes durch Klagerhebung.

Ist ein Schiff gesunken, so genügt es, wenn binnen Jahresfrist Schiff und Waren geborgen wurden. Ist jemand seiner Uhr und Uhrkette beraubt worden, so reicht es hin, wenn er wegen dieser Sachen binnen Jahresfrist Klage erhebt.

Dem Ersitzenden tritt eine Rechtsvermutung zur Seite: § 938. 'Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraumes im Eigenbesitze gehabt, so wird vermutet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe.' Also wenn jemand z. B. bewiese: daß er bezw. sein Erblasser oder sonstiger Rechtsvorgänger eine Sache am 16. Juli 1886 und beim Ablauf des 16. Juli 1896 besaß — so wäre damit zunächst die Ersitzung dargethan; eine etwaige Unterbrechung darzulegen, käme dem Gegenbeweisführer zu.

Wenn jemand Säulen verbaute, Bäume pflanzte, für welche die Ersitzungszeit noch nicht abgelaufen war? Hier liegt unfreiwilliger Besitzverlust vor. Gleichwohl will § 940 Abs. 2 nicht passen: denn die Sachen werden in anderer Gestalt, als Teile des Ganzen, fortbesessen. Von einer Wiedererlangung wie bei verlorenen Sachen kann hier keine Rede sein. Wir werden also die Ersitzung fortlaufen lassen, auch wenn die betreffenden Sachen binnen Jahresfrist nicht wieder vom Ganzen losgelöst sein sollten.

Als einziger Fall eines Besitzverlustes, welcher ohne weiteres die Ersitzung unterbricht, bleibt nur übrig das einseitige Aufgeben. Da in diesem Falle sogar das Eigentum verloren gehen würde, kann eine Unterbrechung der Ersitzung nicht befremden.

Fünfte Abteilung.

Besitzesfortdauer.

1. § 37. Natur und Entwicklung.

Die Begriffe Besitzesausübung und Besitzesfortdauer sind auseinanderzuhalten. Der Besitz dauert so lange fort, bis er beendigt. Diese Fortdauer kann stattfinden unabhängig von jeder Besitzesausübung. Jedenfalls ist Besitzesfortdauer kein einheitlicher Begriff, sondern birgt in sich eine ganze Reihe von Möglichkeiten. Dieser Mannigfaltigkeit im Begriffe der Besitzesfortdauer will ich hier näher treten.

1) Ich verweile auf meinem Grundstücke, habe bewegliche Sachen in meiner Obhut. Solange dieses körperliche Verhältnis besteht, übe ich den Besitz aus. Besitzesfortdauer und Besitzesausübung fallen hier zusammen.

2) Ich verlasse mein Grundstück, aber lasse Hausgenossen zurück. In diesem Falle ist gegeben ein körperliches Verhältnis zwischen meinen Hausgenossen und dem Grundstücke, sowie den darauf befindlichen beweglichen Sachen. Die Rechtsordnung läßt meinen Besitz fortdauern. Aber in meiner Person ist gar kein körperliches Verhältnis begründet, sondern nur in der Person meiner Hausgenossen. Die Hausgenossen üben für mich den Besitz aus. Mein Besitz dauert nach der Rechtsordnung fort im Fall 1 und 2. Aber es ist ganz augen-

scheinlich, und dies sollte man sich stets gegenwärtig halten, daß der Ausdruck 'Besitz' gebraucht wird, um zwei ganz verschiedenartige Dinge zu umfassen.

3) Ein Wochenmarktsbesucher verläßt am Morgen mit den Seinen sein Haus, um am Abend zurückzukehren. Hier habe ich wieder ein ganz anderes Bild. Zwei körperliche Besitzausübungen getrennt durch eine, wenn zwar kurze, Abwesenheit. Diese Dreiheit stellen wir uns als Einheit vor und nennen sie Besitz. Aber wir sollten nie außer Acht lassen, daß diese einheitliche Auffassung von uns lediglich in die Dinge hineingetragen wird.

Wie man dazu gelangte, zwei durch Abwesenheit getrennte körperliche Besitzausübungen als einheitlichen Besitz zu betrachten, ist freilich so schwer nicht zu erklären. Wenn während der Abwesenheit niemand in das leere Haus eindringt, hat die Rechtsordnung keine Veranlassung, auf die Abwesenheit Rücksicht zu nehmen.

Wann diese Vorstellung bei den Römern aufgekommen sein mag? Einmal muß sie jedenfalls entstanden sein. Sie braucht auch gar nicht uralt zu sein. Vorstellungen, die uns heute geläufig, dürfen wir um deswillen noch nicht ein hohes Alter beilegen.

Pomponius berichtet in fr. 25 § 2 de adq. uel am. poss. 41, 2 von einer Streitfrage: ob der kurze Zeit Abwesende den Besitz schon in dem Augenblicke verliere, wo Dritte von dem Grundstücke Besitz ergriffen hätten; oder ob er bis zu dem Zeitpunkte dauere, wo der Besitzer zurückgetrieben sei, bezw. auf die Rückkehr verzichtet habe. Dabei wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß kurze Abwesenheit an sich den Verlust des Besitzes nicht herbeiführe.

Ob diese Vorstellung schon auf Quintus Mucius zurückgeht, hängt davon ab: wie wir uns stellen zu der Aenderung van de Water's, der Quinto Mucio statt quasi magis lesen möchte. In neuerer Zeit ist Einsprache erhoben von Klein Sachbesitz S. 166 und Riccobono, vgl. Schneider,

Kr. Vierteljahrsschr., Bd. 36 S. 493. Für van de Water wieder Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 52 flg.

Ich halte jetzt den Zwischensatz quod quasi magis probatur für eine spätere Einfügung, sei es nun Glossem oder Interpolation. Durch diese Einschiebung wird die Antwort, welche erst am Schlusse mit et uidetur utilius esse folgt, schon vorweggenommen. Ferner ist quasi kein sonderliches Latein. Es kann nur zur Verstärkung des magis bestimmt sein, entspräche demnach einem griechischen ὡς. Vgl. wegen dieses Sprachgebrauches, der später angetroffen wird, Forcellini unter quasi. An Interpolation denkt auch Bremer, Iurispr. autehadr. I pag. 90, aber nur in Bezug auf das quasi. Kalb, Jahresbericht für Altertumswissenschaft, Bd. 89 S. 277 versteht quasi = fere, 'was ganz gut zum Stil des Pomponius passen würde'.

Nach der Auffassung Cicero's war der Besitz bereits verloren, bevor der kurze Zeit Abwesende die Rückkehr versuchte: vielleicht nahm Cicero den Besitzverlust in dem Augenblicke an, wo die Bewaffneten vom Grundstücke Besitz ergriffen hatten; vielleicht auch schon in dem Augenblicke, wo das Grundstück verlassen war. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 360 flg.

4) Wir kamen soeben schon auf den Fall zu sprechen, wenn während kurzer Abwesenheit sich ein Dritter des Grundstückes bemächtigt. Das spätere römische Recht nahm in der Person des Eindringlings zunächst keinen Besitz an, ließ vielmehr den alten Besitz fortdauern. Ob wir nötig haben, diese Künstelei beizubehalten? Ich glaube, wir müssen sie sogar vom Standpunkte unseres B.G.B. aus verwerfen: siehe § 33 S. 274. Jedenfalls wäre hier eine Besitzesfortdauer etwas ganz anderes, als in den drei ersten Fällen. Der Besitz soll noch fortdauern, während ein anderer sich bereits häuslich auf dem Grundstücke eingerichtet hat.

5) Die Einbeziehung der langen Abwesenheit in die Besitzesfortdauer lehnt sich an die Winter- und Sommerweiden. Es stellt sich das Rechtssprichwort ein: den Besitz an Winter- und Sommerweiden erhalten wir uns durch den Willen. Pro-

culus befürwortete die Ausdehnung dieses Satzes auf sonstige Grundstücke. Eine Hauptstelle ist Gai. 4, 153, die uns zeigt, daß die Sache damals noch keineswegs zweifellos war. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 112 flg. Ich will diese Erweiterung der Besitzesfortdauer durch ein Beispiel aus dem heutigen Leben erläutern.

Denken wir uns einen Junggesellen, der ein Haus für sich bewohnt und einige Wochen nach Gastein zur Kur reist. Seine Köchin hat er diese Zeit über zu ihren Eltern geschickt, so daß das Haus ganz leer. Worin besteht hier die Besitzesfortdauer?

Der Junggeselle hat seiner Köchin gesagt, er werde ihr den Tag, wann er wiederkomme, schreiben. Einen Nachbarn hat er gebeten, während seiner Abwesenheit ein Auge auf sein Haus zu werfen. Damit ist der Rückkehrwille genugsam bekundet.

Der Rückkehrwille ist ein auf Wiederhaben gerichtetes Wollen. Der Junggeselle will seinen Besitz nicht aufgeben, sondern wieder haben. Aber der auf Wiederhaben gerichtete Besitzergreifungswille erscheint vorläufig als ein gehemmter. Sigwart, Der Begriff des Willens, S. 15 nennt diesen Willen Absicht. Der Junggeselle will zunächst in Gastein eine Kur durchmachen. Erst nachdem er sein zwanzigstes Bad genommen, trifft er seine Vorkehrungen zur Rückkehr. Was liegt hier vor?

Der Besitz des Junggesellen während seines Gasteiner Aufenthaltes ist nichts anderes als Rückkehrwille; und da dieser Rückkehrwille als ein gehemmter erscheint, haben wir zunächst lediglich eine Vorstellung. Der Junggeselle verläßt sein Haus in der Vorstellung zurückzukehren. Diese Vorstellung begleitet ihn während seines Gasteiner Aufenthaltes. Daneben tauchen freilich andere Vorstellungen auf, die diese Rückkehrvorstellung ablösen. Selbst in Bezug auf sein Haus werden sich sonstige Vorstellungen geltend machen. Er denkt daran, wie es wohl in seinem Garten aussehen mag. Die Hauptvorstellung bleibt die Rückkehrvorstellung. Sie vornehmlich ist das Bindeglied

zwischen dem Sichbefinden in seinem Hause vor der Gasteiner Badekur und dem Sichbefinden in seinem Hause nach der Gasteiner Badekur. Der ganze Besitz des Junggesellen während seiner Badekur setzt sich zusammen aus Vorstellungen, insonderheit Rückkehrvorstellungen.

Die Rückkehrvorstellungen sind bei der kurzen Abwesenheit um so mehr vorhanden. Kurze und lange Abwesenheit sind demnach nichts der Art nach Verschiedenes. Ein Gegensatz tritt nur insofern hervor, als das sofortige Vertreibungsrecht bei der kurzen Abwesenheit von selber gegeben, während es bei der langen Abwesenheit leicht versagen kann. Ferner mag es nur bei der langen Abwesenheit als Bedürfnis empfunden sein, den Rückkehrwillen zum Bindeglied zwischen zwei körperlichen Besitzausübungen zu machen, während die Hineinbeziehung der kurzen Abwesenheit in die Besitzfortdauer ohne dies vor sich gegangen sein könnte.

6) Später hat man den Rückkehrwillen gänzlich abgestreift. Die Entwicklung beginnt, soweit wir sehen, bei Papinian. Der Besitz an einem Grundstücke wird nur verloren, wenn wir in der Absicht fortgehen, den Besitz aufzugeben, fr. 44 § 2 de adq. uel am. poss. 41, 2: ne possideremus. Er wird erhalten, wenn wir nicht in der Absicht fortgehen, ihn zu verlieren, Ulp. fr. 1 § 25 de ui 43, 16: ut omisisse possessionem uellemus. Oder wie es heißt c. 4 de adq. et ret. poss. 7, 32 vom Jahre 290: non derelinquendi adfectione. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 115.

So erhalten wir den Satz: bloßer Zeitablauf von noch so langer Dauer ist nicht im Stande, den Besitz selbst an einem vom Besitzer verlassenen Grundstücke aufzuheben. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 354.

Hiermit stimmt überein das B.G.B. Denn wenn nach § 856 der Besitz dadurch beendigt wird, daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert; so kann mit thatsächlicher Gewalt nur gemeint sein: die Möglichkeit zur Sache zu gelangen. Diese Möglichkeit ist aber bei verlassenen Grundstücken so lange vorhanden, als nicht ein Dritter sich derselben bemächtigte.

7) Etwas anders verhält es sich mit beweglichen Sachen. Das körperliche Verhältnis ist hier so lange vorhanden, als ich die Sachen in meiner Obhut habe. Mit dem Aufhören der Obhut tritt noch nicht notwendig Besitzverlust ein, mithin kann der Besitz fortdauern. Das Aufhören der Obhut muß mehr dauernder Natur sein, wenn der Besitz als verloren zu betrachten. Ferner ist zur Erhaltung des Besitzes unter Umständen ebenfalls ausreichend, wenn ich die Möglichkeit habe, zur Sache zu gelangen. Vgl. oben § 33 S. 276.

Befinden sich die beweglichen Sachen auf dem verlassenen Grundstücke, so gilt von ihnen dasselbe wie vom Grundstücke: solange ich die Möglichkeit habe, zu ihnen zu gelangen, so lange bin ich Besitzer.

Diese Möglichkeit, zur Sache zu gelangen, verdient in anderen Fällen ebenfalls Berücksichtigung.

Habe ich bewegliche Sachen in einem Grundstücke verborgen, so bleibe ich zunächst Besitzer, denn es ist mir möglich, zu ihnen zu gelangen. Pap. fr. 44 pr. de adq. uel am. poss. 41, 2: nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem. Das römische Recht gewährt eine Klage auf Gestattung des Ausgrabens. Pomp. fr. 15 ad exh. 10, 4: ne uim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem. Dem B.G.B. werden wir diese Klage nicht vorenthalten wollen: siehe unten § 49.

Auf der Däneninsel in Spitzbergen neben Andree's Ballonhaus, bezw. der Stelle, wo dieses stand, befindet sich das Holzhaus des Engländers Mr. Pike, welcher in demselben behufs Ausübung der Bärenjagd einmal überwintert hat. Dieses Haus ist von Andree vor seinem Aufstieg mit Proviant für einige Monate versehen worden, und außerdem wurden dort ein Gewehr mit Munition sowie zwei Boote niedergelegt, damit Andree, falls er wieder nach Süden verschlagen würde, oder sonstige Schiffbrüchige einen Stützpunkt für Ueberstehung der Polarnacht fänden.

Der Besitz Andree's ist so lange ein fortdauernder, als mit der Möglichkeit zu rechnen, daß er zurückkehren werde:

sofern nicht andere inzwischen Besitz von den Sachen ergriffen hätten.

Sind bewegliche Sachen zufällig auf ein fremdes Grundstück geraten, so geht damit der Besitz nicht verloren. Das B.G.B. § 867 gewährt eine Klage, die Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten: siehe oben § 4 S. 43 und unten § 49.

Ist mir eine Sache verloren gegangen, ohne daß ich eine Ahnung habe, wo dies geschehen sein könnte, so ist die Möglichkeit, wieder zu ihr zu gelangen, jedenfalls eine sehr fernliegende: es wird also kaum Besitzesfortdauer anzunehmen sein.

Jemand läßt ein Messer im Walde liegen, er weiß genau die Stelle. Es gehen aber Wochen und Monate darüber hin, bevor er wieder in den Wald kommt. Von diesem muß man sagen: er hat den Besitz aufgegeben.

Genau den Zeitpunkt anzugeben, wie lange der Besitz dauert, macht bei beweglichen Sachen mehr Schwierigkeiten als bei Grundstücken. Die Sache ist indes kaum von praktischer Bedeutung. Der Finder hat nach § 965 flg. dem Verlierer gegenüber dieselben Verpflichtungen, mögen wir nun den Besitz als fortdauernd oder aufgegeben betrachten. Die Unterbrechung der Ersitzung, welche nach § 940 Abs. 2 eintritt, wenn der Eigenbesitz ein Jahr lang verloren, knüpfen wir, um einen sicheren Ausgangspunkt zu haben, ebenfalls passender an das eigentliche Verlieren: unbekümmert darum, wie lange nach diesem Verlieren eine Besitzfortdauer noch anzunehmen sein sollte.

8) Eine besondere Stellung unter den beweglichen Sachen nehmen die Tiere ein. Hier dauert der Besitz, solange die Rückkehrgewohnheit besteht, bezw. ein Rückkehrwille vorhanden. Siehe oben § 33 Z. 2[b] S. 276.

2. § 38. Die Endergebnisse.

Lassen wir die geschichtlichen Zwischenstufen bei Seite und halten wir uns an die Endergebnisse, so sind zunächst bei Grundstücken drei verschiedene Arten der Besitzesfortdauer zu unterscheiden.

Ich verweile auf meinem Grundstücke und übe damit den Besitz körperlich aus. Körperliche Ausübung durch Hausgenossen. Besitzesfortdauer bei Abwesenheit des Besitzers wie der Hausgenossen.

Aehnlich verhält es sich mit den beweglichen Sachen. Sie befinden sich entweder in der Obhut des Besitzers oder der Hausgenossen. Ferner genügt zur Besitzesfortdauer die Möglichkeit, die Obhut wieder zu erlangen. Bei Tieren ist mit der Rückkehrgewohnheit bezw. dem Rückkehrwillen zu rechnen.

Zwischen den Voraussetzungen des Besitzerwerbes und der Besitzesfortdauer findet ein gewaltiger Unterschied statt. Die Möglichkeit der körperlichen Besitzausübung reicht hin für die Fortdauer, nicht für den Erwerb. Der Zimmermann, welcher mit einer Axt durch den Wald geht, ist nicht Besitzer der Bäume, die er fällen kann: Vac. poss., Bd. 1 S. 159. Zu beachten ist freilich, daß der gestattete Besitzerwerb anders zu behandeln als der selbständige: siehe oben § 17 S. 107.

Die geistige Thätigkeit bei der Besitzausübung ist ebenfalls eine ganz andere wie beim Erwerb: siehe oben § 1 S. 5. Bei körperlicher Besitzesausübung ist die geistige Thätigkeit des Besitzers zur Besitzesfortdauer gar nicht einmal notwendig.

Darum kann man aber nicht sagen, daß die geistige Thätigkeit ohne alle Bedeutung. Um den Besitz von der bloßen Innehabung abzugrenzen, werden wir zurückgehen müssen auf eine Reihe von Willenshandlungen, welche regelmäßig die Besitzausübung begleiten und dieselbe kennzeichnen. Siehe oben § 5 S. 48. Wer Anordnungen trifft, die andere zu befolgen haben, erscheint damit als der Besitzer. Diese Anordnungen bilden eine Kette sich fortwährend unterbrechender Willenshandlungen.

Beim unkörperlichen Besitz war einmal auch zur Besitzesfortdauer eine geistige Thätigkeit insofern erforderlich, als bei langer Abwesenheit zwei körperliche Besitzausübungen durch den Rückkehrwillen mit einander verbunden wurden. Diese Ausnahme ist gefallen. Die Besitzesfortdauer bei Abwesenheit des Besitzers bezw. der Hausgenossen ist auf rein negativer Grund-

lage aufgebaut: der Besitz dauert so lange, bis er aufgegeben, bezw. ein anderer sich der Sache bemächtigt.

Bei verlornen Sachen haben wir ebenfalls diese negative Grundlage. Der Besitz dauert so lange fort, bis er aufgegeben. Die Aufgabe kann indes stillschweigend erfolgen, und wird häufig stillschweigend erfolgen.. Dies ist insonderheit anzunehmen, wenn jemand um verlorne Sachen sich lange nicht kümmert.

Aber insofern liegt die Sache hier doch anders, als fehlende Obhut bei längerer Dauer schon an sich den Besitzverlust bewirkt, ohne daß ein Aufgabewillen, sei es ausdrücklich oder stillschweigend erklärter, vorhanden zu sein braucht. Unter Umständen genügt freilich zur Erhaltung des Besitzes die Möglichkeit, zur Sache zu gelangen.

3. § 39. Hölder.

Meine Besitzauffassung scheint Hölder, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 29 S. 414 flg. recht verdrossen zu haben. Mir hat seine Entgegnung deutlich zum Bewußtsein gebracht, daß ich in wesentlichen Punkten mich von der hergebrachten Anschauung entferne. Denn das Vorbringen Hölder's ist nichts weiter als Verteidigung der herrschenden Ansichten. Aus diesem Grunde erscheint es vielleicht gerechtfertigt, wenn ich der Hölder'schen Entgegnung eine nähere Betrachtung widme.

Nach Hölder ist 'es von Alters her gerade die Dauer des Besitzes', 'welche demselben rechtliche Bedeutung verleiht'. Das wird als ein Glaubenssatz hingestellt ohne alle weitere Begründung. Aber ist denn das körperliche Verhältnis, auf dem aller Besitz beruht, in Wirklichkeit ein dauerndes? Ist der zu lebenslänglichem Zuchthaus Verurteilte Besitzer seiner Zelle? Eher könnte man sagen: ein solcher Zuchthäusler wird besessen. Ein im Kriege 1870 Verwundeter muß eine Kugel mit sich herumtragen, deren der Chirurg nicht habhaft werden konnte. Erst mit Anwendung der Röntgen'schen Strahlen wurde sie gefunden und entfernt. Von welchem Augenblicke an ist der Verwundete Besitzer dieser Kugel? Ich sage von dem Augen-

blicke an, wo ihm die aus seinem Körper entfernte Kugel überreicht wurde. Das körperliche Verhältnis, auf dem aller Besitz beruht, ist seiner innersten Natur nach etwas Bewegliches.

Weiter wird von Hölder die Ersitzung vorgeführt. Darauf ist zu erwidern: daß usus und possessio von Haus aus verschiedene Begriffe waren, also für die alte Zeit auseinanderzuhalten sind. Ferner ist nachweisbar der usus schon zu Zeiten der zwölf Tafeln kein ununterbrochen dauernder Zustand. Also ist es gar nicht altrömische Vorstellung, daß die Ersitzung zu ihrer Vollendung einen ununterbrochen fortdauernden Zustand verlange.

Weshalb soll und muß denn, da Hölder nichts als die Ersitzung vorzubringen weiß, der Besitz stets etwas Dauerndes gewesen sein? Wenn ein Hirte zu Beginn des Winters sein Vieh von den Sommerweiden trieb, um im Frühjahre wiederzukehren: ist die Vorstellung nicht eine ganz natürliche, daß der Besitz den Winter über aufhörte? Der Hirte findet im Frühjahre seine Sommerweide wieder vor: welches Unheil wird durch diesen Besitzverlust angerichtet? Freilich hätte ja ein anderer sich der Sommerweiden bemächtigen und dem alten Hirten die Benutzung wehren können. Dann kommen wir erst recht nicht über den Besitzverlust hinweg.

Die erste Fortbildung des Besitzes an Grundstücken ist meines Erachtens die gewesen, daß man dem Besitzer die körperliche Ausübung durch andere gestattete: Vac. poss. Bd. 1 S. 97. Darob große Verwunderung bei Hölder. So weit möchte auch Klein, Sachbesitz, S. 222 nicht gehen. Mir ist kaum verständlich, was an dem Satze auszusetzen. Die Hausgenossen üben den Besitz aus für und neben einem andern. Der Besitzbegriff wird bereits vorausgesetzt, muß also der ältere sein. Näheres über diese Entwicklung schon oben § 3 S. 18.

An meiner Erklärung von Gai. 4, 153 hat Hölder allerlei auszusetzen. Er verlangt exacte Auslegung. Prüfen wir also die Hölder'sche Exactheit.

Die Stelle, soweit sie uns angeht, lautet:
quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessionem, id est ut quamuis neque ipsi simus in possessione neque nostro nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo sed postea reuersuri inde discesserimus, retinere possessionem uideamur.

Ich übersetze: den Besitz erhalten wir uns, wenn wir von der Besitzung fortgegangen sind, nicht um sie im Stiche zu lassen, sondern um nachher wieder zurückzukehren.

Wegen des relinquere wies ich darauf hin, daß es vom dauernden Verlassen zu verstehen sei; dies habe ich mit dem 'im Stiche lassen' ausdrücken wollen. Gegen diese Behandlung des relinquere wendet sich zunächst der Hölder'sche Angriff. Nach Hölder soll relinquendae possessionis animo heißen: mit der Absicht den Besitz, das ist das Recht zu besitzen, aufzugeben. Es wäre dieselbe possessio, in Bezug auf welche Gajus von relinquere nnd retinere spreche.

Nun steht aber zwischen beiden simus in possessione. Und dieses in possessione bezieht sich zweifelsohne auf die Besitzung, warum also auch nicht das dann folgende relinquendae possessionis. — Ferner ist retineri possessionem augenscheinlich von der Besitzesfortdauer zu verstehen. Besitzesfortdauer ist aber ganz etwas anderes als 'das Recht zu besitzen'. Ein Recht zu besitzen habe ich auch demjenigen gegenüber, der mich gewaltsam des Besitzes entsetzte, wo also Besitzverlust vorliegt. — Sodann ist relinquendae possessionis mit inde discesserimus in Verbindung zu bringen. Wie es möglich ist, von einem Abstractum fortzumarschieren, will mir trotz aller Hölder'schen Exactheit nicht einleuchten. — Den Gegensatz zu relinquendae possessionis animo bildet postea reuersuri: Aufgeben des Besitzrechts und die Absicht, wiederzukehren, sind gar keine richtigen Gegensätze; wohl aber die Absicht, etwas im Stiche zu lassen, und die Absicht, wiederzukommen. — Non relinquendae possessionis ist so viel wie non deserendae possessionis bei Pomp. fr. 31 de adq. uel am.

poss. 41, 2. Vgl. ferner Ulp. fr. 3 § 14 de ui 43, 16 und dazu Vac. poss. Bd. 1 S. 387. Sodann kommt relinquere possessionem genau in derselben Bedeutung, wie ich es in der Gajusstelle nehme, vor bei Ulp. fr. 15 § 35 de damno inf. 39, 2: si quis metu ruinae decesserit possessione .. cum posset succurrere, maluit relinquere. — Den Besitz aufgeben heißt omittere possessionem. Daß relinquere diese Bedeutung ebenfalls haben könne, will ich zwar nicht bestreiten; mir sind aber keine Stellen bekannt, welche diesen Sprachgebrauch bestätigen.

Zudem dreht sich der Streit weniger um das relinquere, als vielmehr um possessio. Ich verstehe possessio von der concreten Besitzung, Hölder von dem abstracten Besitzrecht. Nach meinem Dafürhalten ist der relinquendae possessionis animus zu verstehen von der Absicht, die Besitzung im Stiche zu lassen; nach Hölder von der Absicht, den Besitz aufzugeben. Nach meinem Dafürhalten steht ein Wollen von Rechtsfolgen gar nicht in Frage, sondern nur ein Wollen von wirtschaftlichen Folgen. Die Rechtsfolgen knüpft erst das objektive Recht an dieses Wollen von wirtschaftlichen Folgen.

Und dann sind das lauter Nebenpunkte, so sehr auch Hölder sich bemüht hat, sie herauszustaffieren. Der Hauptpunkt ist das postea reuersuri: wir gehen vom Grundstücke fort, um später wiederzukehren. Also die Erhaltung des Besitzes, das animo retineri possessionem, ist, wie auch schon der Ausdruck ankündigt, eine besondere Willenshandlung. Um diesen Hauptpunkt sucht sich Hölder durch folgende Wendung herumzudrücken: 'daß wir in Ermanglung dieses animus das Grundstück verlassen reuersuri, bedeutet . . . die Abwesenheit des auf die definitive die Wiederkehr ausschließende Verlassung gerichteten Willensentschlusses'. Wo ich auf einen so schwülstigen Stil stoße, bin ich schon von vorne herein einigermaßen in Sorgen, ob der Urheber sich wohl zu klaren Gedanken durchgearbeitet hat. In der That hat hier die Hölder'sche Exactheit ganz erstaunliche Früchte gezeitigt: das Positive wird ins Negative und das Negative ins Positive verwandelt. Es ist

nicht von Abwesenheit, sondern Vorhandensein eines Willensentschlusses die Rede; und dieser Willensentschluß ist nicht 'auf definitive die Wiederkehr ausschließende Verlassung', sondern auf eine die definitive Verlassung ausschließende Wiederkehr gerichtet.

Ich habe die Gajusstelle die Hauptstelle genannt für den Satz: daß man einmal die Besitzesfortdauer bei langer Abwesenheit durch den Rückkehrwillen vermittelte. Darum steht und fällt meine Ansicht noch lange nicht mit dieser einzigen Stelle. Bewiesen wird sie schon durch das Rechtssprichwort, das doch zu irgend einer Zeit entstanden sein muß; wie die Erweiterung, welche Proculus befürwortete. Außerdem kommen eine Reihe anderer Stellen in Betracht, die in meiner Vacua possessio, namentlich in den §§ 7, 8, 23, 24, 25 erörtert sind, auf die näher einzugehen Hölder indes nicht für gut befunden hat.

Hölder schließt mit einem allgemeinen Tadel: daß ich den Besitz 'in einer physischen oder körperlichen Beziehung aufgehen' lasse, während 'neuerdings immer mehr betont wird, daß der Besitz nichts Physisches oder Handgreifliches ist'. Diese Betonung war meines Erachtens zu einem guten Teil Abirrung vom rechten Wege; der Besitzbegriff hatte krankhafte Auswüchse getrieben, die wieder beseitigt werden mußten. Sehen wir uns dann das B.G.B. an, so dünkt mich, daß der Besitz ein recht körperliches Aussehen erhalten hat; und darin begrüße ich eine gesunde Grundlage.

Sechste Abteilung.

Selbsthülfe.

1. § 40. Das römische Recht.

Wir haben zu unterscheiden zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen; ferner auseinanderzuhalten das klassische und Justinian'sche Recht.

I. Grundstücke.

A. Das klassische Recht.

Die Selbsthülfe stellt sich dar teils als ein Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers, andererseits als ein Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Besitzers: Vac. poss. Bd. 1 S. 370 flg.

1) Der gewesene Besitzer ist berechtigt, den zu vertreiben, dessen Besitz ihm gegenüber als ein fehlerhafter erscheint. Paul. sent. 5, 6 § 7: qui ui aut clam aut precario possidet ab aduersario impune deicitur. Er war nicht etwa auf einen einmaligen Versuch beschränkt; wenn der erste oder die ersten nicht glückten, konnte er sie beliebig wiederholen. Ferner unterlag das Vertreibungsrecht keiner Verjährung, sondern erreichte erst seine Endschaft, wenn das Grundstück in die Hände eines andern kam, dessen Besitz dem hier in Frage kommenden

früheren Besitzer gegenüber nicht mehr als fehlerhafter betrachtet werden konnte.

Seit Einführung des interdictum de ui armata war indes der Gebrauch von Waffen nur zulässig, wenn der Zuvertreibende sich durch Waffengewalt in den Besitz gesetzt hatte. Cic. ad fam. 7, 13: quod tu prior hominibus armatis non ueneris. Auf die entgegenstehende Ansicht bei Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 184 flg. will ich hier nicht weiter eingehen.

2) Der gegenwärtige Besitzer darf sich verteidigen selbst dem gewesenen gegenüber, der ein Vertreibungsrecht hatte. Ulp. fr. 1 § 27 de ui 43, 16: uim ui repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur. Dem gewesenen Besitzer, der mit Waffen kommt, kann der gegenwärtige ebenfalls mit Waffen entgegentreten. Dagegen dem gewesenen Besitzer, der ohne Waffen kommt, soll er sich nicht mit Waffen zur Wehr setzen.

Anlangend das Quod ui aut clam ist bemerkenswert Ulp. fr. 7 § 3 Quod ui aut clam 43, 24. Bellissime apud Iulianum quaeritur, an haec exceptio noceat in hoc interdicto 'quod non tu ui aut clam feceris' . . . et ait Iulianus aequissimum esse hanc exceptionem dare: nam si tu, inquit, aedificaueris ui aut clam, ego idem demolitus fuero ui aut clam et utaris aduersus me interdicto, hanc exceptionem profuturam.

Ob das Quod ui aut clam dem Notstande gegenüber versagte? Ulp. fr. 7 § 4 Quod ui aut clam 43, 24. Est et alia exceptio, de qna Celsus (Gallus?) dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa uicini aedes intercidi et quod ui aut clam mecum agatur. Vgl. Dernburg, Pand., Bd. 1⁴ § 234 Nr. 5.

Von Selbsthülfe im Falle eines Notstandes handelt ferner Ulp. fr. 1 § 7 Ne quid in flumine publ. 43, 13. Selbsthülfe bei Uebergriffen desjenigen, der eine Wasserleitung ausübt: Ulp. fr. 1 § 15, 17 de aqua cott. 43, 20. Selbsthülfe bei Uebergriffen desjenigen, der eine Wasserleitung aus-

bessert: Ulp. fr. 1 § 11, fr. 3 pr. de riuis 43, 21. Selbsthülfe bei Uebergriffen desjenigen, der ein Wasserschöpfrecht ausübt: Ulp. fr. 1 § 18 de aqua cott. 43, 20.

B. Das Justinian'sche Recht.

Das Selbsthülferecht ist wesentlich eingeschränkt: Vac. poss. Bd. 1 S. 430 flg.

Das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers allgemein beseitigt.

Der gegenwärtige Besitzer hat ein Verteidigungsrecht selbst bei fehlerhaftem Besitze dem gewesenen Besitzer gegenüber. Es ist aber zu unterscheiden zwischen diesem gewesenen Besitzer und sonstigen Angreifern.

Einem gewesenen Besitzer, der unbewaffnet kam, durfte der gegenwärtige nicht mit Waffen entgegentreten. Im übrigen konnte auch Unbewaffneten gegenüber der Besitz durch Waffen verteidigt werden.

Beim Quod ui aut clam will man von der Einrede quod non tu ui aut clam feceris nicht allzuviel mehr wissen. Die Auffassung des Ulpian und Julian, die uns entgegentritt fr. 7 § 3 Quod ui aut clam 43, 24, ist wesentlich abgeschwächt durch den Zusatz: quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet. Die Interpolation ist schon von A. Faber erkannt: Kalb, Juristenlatein, S. 68; vgl. auch Lenel, n. 1594; Pernice, Labeo, Bd. 2² S. 95 Anm. 2.

Anlangend die Selbsthülfe bei Uebergriffen desjenigen, der eine Wasserleitung ausbessert, sind ebenfalls Interpolationen zu verzeichnen: in fr. 1 § 11 de riuis 43, 21 nisi si . . . ostendat; in fr. 3 pr. daselbst si non maior . . . aduersarii.

II. Bewegliche Sachen.

Bei beweglichen Sachen haben wir uns die Entwicklung in ähnlicher Weise vorzustellen. Später gilt der Grundsatz,

wie er uns § 1 Vi bon. rapt. 4, 2 eingeschärft wird: ut nemini liceat ui rapere rem mobilem uel se mouentem, licet suam eandem rem existimet. Das Verteidigungsrecht sollte damit nicht beseitigt werden.

2. § 41. Das B.G.B.

Es giebt nicht bloß eine Selbsthülfe des Besitzers, sondern auch eine Selbsthülfe, die allgemein zum Schutze von Rechten dient. Um die Selbsthülfe des Besitzers deutlich hervortreten zu lassen, werde ich nicht umhin können, die Selbsthülfe zum Schutze von Rechten ebenfalls einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Ferner bietet die Selbsthülfe mannigfache Berührungspunkte mit dem Strafrechte dar.

Endlich ist die Schadensersatzfrage besonders zu prüfen. Wenn auch die Rechtsordnung dem Einzelnen die Selbsthülfe gestattet, kann sie ihn gleichwohl für den von ihm angerichteten Schaden verantwortlich machen.

I. Die Selbsthülfe des Besitzers.

Die Selbsthülfe erstreckt sich auf Grundstücke wie bewegliche Sachen. Sie ist gestattet dem Alleinbesitzer wie dem Teilbesitzer. B.G.B. § 865. Sie tritt auf in der Gestalt der Verteidigung wie des Angriffes.

Die Selbsthülfe des Besitzers richtet sich gegen verbotene Eigenmacht: § 859 Abs. 1. Ausnahmsweise ist die Eigenmacht gestattet, mithin die Selbsthülfe auf der andern Seite verboten. So sind zulässig eigenmächtige Handlungen in einem Notstande: B.G.B. §§ 228, 904. — Ein Vermieter kann die Entfernung der seinem Pfandrechte unterliegenden Sachen verhindern und sie in Besitz nehmen: § 561 Abs. 1. Einer Pfändung für einen andern Gläubiger wird er indes nicht widersprechen dürfen. Dies setzt voraus der § 563, welcher ihm in einem gewissen Umfange solchen Gläubigern gegenüber ein Vorzugsrecht einräumt. Vgl. B.G.B. § 585; K.O. § 49 Abs. 1 Nr. 2. — Was vom Pfandrechte des Vermieters, gilt ebenso vom Pfand-

rechte des Gastwirtes: § 704. — Der Ehemann ist berechtigt nach § 1373, die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen, wird dies also auch gegen den Willen der Frau thun dürfen: Bericht der Reichstagscommission, Guttentag, S. 245. — Dieselbe Fassung ist gewählt für den Testamentsvollstrecker: § 2205. — Ebenso muß dastehen der Nachlaßverwalter: vgl. §§ 1984, 1985. — Wegen des Konkursverwalters siehe K.O. § 117 Abs. 1.

Die verbotene Eigenmacht erfordert begrifflich, daß sie ohne den Willen dessen vor sich ging, der im Besitze gestört, bezw. dem der Besitz entzogen wurde. Die zustimmende Willenserklärung muß von einem Besitzer herrühren, der unbeschränkt geschäftsfähig. War der Besitzer nur in beschränkter Weise geschäftsfähig, so ist nach § 107 die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht zu entbehren. 'Wenn jedoch ein nur beschränkt Geschäftsfähiger Besitz ohne den Willen seines gesetzlichen Vertreters erwarb, z. B. eines herrenlosen Tieres, so wird die Zustimmung des beschränkt Geschäftsfähigen ausreichen, um die Wegnahme seitens eines Dritten zu rechtfertigen': Dernburg, Das bürg. Recht, Bd. 3 § 22 S. 67.

Dagegen gehört nicht zum Begriffe der verbotenen Eigenmacht, 'daß der Besitz vorsätzlich oder fahrlässig entzogen oder gestört wird': Denkschrift, S. 162. Der Eigentümer, welcher dem Mieter die vermietete Sache wieder fortnimmt, während er sich dazu für berechtigt hält, macht sich ebenso der Eigenmacht schuldig wie der Dieb und Räuber: F. Endemann, Lehrbuch, Bd. $2^{3.4}$ § 42 S. 169, 170.

1. Das Verteidigungsrecht.

Der Besitzer darf sich versuchter Eigenmacht mit Gewalt erwehren, ohne daß in seiner Person die Voraussetzungen der Notwehr gegeben zu sein brauchen. Die Begriffe Notwehr und Verteidigungsrecht des Besitzers sind auseinanderzuhalten, worauf ich gleich näher eingehen werde.

Das Verteidigungsrecht steht selbst demjenigen zu, dessen

Besitz dem Angreifer gegenüber ein fehlerhafter. Siehe Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 193 Z. VII S. 98.

Wird dem Besitzer eine bewegliche Sache weggenommen, so darf er den Thäter verfolgen und ihm die Sache mit Gewalt wieder abnehmen: § 859 Abs. 2. Hier war der Besitz nicht etwa schon verloren. Denn gelingt die Wiederwegnahme, so liegt nur vor eine vorübergehende Verhinderung im Sinne des § 856 Abs. 2. — Ein Gläubiger legt dem Schuldner den Wechsel vor. Der Schuldner zählt das Geld auf den Tisch hin. Darauf erhält er den Wechsel. Als er diesen hat, fängt er an, das Geld wieder einzustreichen. Hieran darf ihn der Gläubiger hindern. Vgl. Josef, Arch. für bürg. Rt., Bd. 15 S. 274.

Wird dem Besitzer eines Grundstückes der Besitz entzogen, so darf er sofort den Thäter entsetzen und sich des Besitzes wieder bemächtigen: § 859 Abs. 3. Das ist ebenfalls Verteidigung und keine Wiedererlangung des Besitzes, da nur eine vorübergehende Verhinderung in Frage steht.

Wenn dagegen eine Villa einem Eindringlinge Monate lang als Behausung diente, ohne daß der Besitzer drum wußte, so ist dieser seines Besitzes verlustig gegangen: siehe oben § 33 Z. 1 b β S. 272. Mithin versagt auch das 'sofort'. Anderer Meinung F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3. 4] § 43 S. 175. Meines Erachtens macht sich hier aber geltend das Angriffsrecht des gewesenen Besitzers: siehe Z. 2 a[aa] S. 318.

Kann die Zeit für eine vorübergehende Verhinderung durch Vertrag erweitert werden?

Ein staatlicher Kommissar ergriff am 3. April Besitz von einem Klostergebäude, das einem aufgelösten Orden gehört hatte. Sein Vertreter findet am andern Morgen die Thür verschlossen, aber im Besitz der Schlüsseln eine Persönlichkeit, die zugleich den Besitz des Klostergebäudes auf Grund eines Kaufvertrags in Anspruch nahm. Man einigte sich dahin, die Schlüssel einem Dritten zur Aufbewahrung zu übergeben und die Entscheidung des Kommissars einzuholen. Dem Dritten wurden die Schlüssel am 5. Mai vom Kommissar gewaltsam abgenommen. Hier wurde eine vorübergehende Verhinderung

angenommen: Seuffert's Archiv, Bd. 34 Nr. 272. An und für sich ist das wohl kaum noch eine vorübergehende Verhinderung. Hält man die Entscheidung für richtig, so gelangt man zu dem Satze: die Zeit für eine vorübergehende Verhinderung kann durch Vertrag erweitert werden.

Die gleichen Rechte sollen dem Besitzer den Erben des Angreifers oder denjenigen gegenüber zustehen, die vom Angreifer den Besitz erwarben und dessen Fehlerhaftigkeit beim Erwerbe kannten: § 859 Abs. 4.

Wenn also der verfolgte Dieb todt niederstürzt, so wird dadurch die Wiederabnahme nicht gehindert. Gelingt es dem Diebe, das gestohlene Fahrrad sofort zu verkaufen, so kann dem Käufer gegenüber die Selbsthülfe geübt werden, wenn er um den Diebstahl wußte. Wirklichen Besitz wird auch ein solcher Käufer nicht erworben haben, da bei sofortigem Handeln immer nur eine vorübergehende Verhinderung vorliegt.

Wußte der Käufer nicht um den Diebstahl, so ist die Selbsthülfe ausgeschlossen. Dementsprechend wird Besitzerwerb des Käufers und Besitzverlust in der Person des Bestohlenen anzunehmen sein.

Dabei ist indes die Schranke zu wahren: daß die Sache bereits aus der Obhut des Bestohlenen gekommen sein mußte. Solange der Verfolger die Sache in seiner Obhut behält, darf ein Dritter, dem der forteilende Dieb die gestohlene Sache schenkt, sich nicht darauf berufen: er habe vom Diebstahl nichts gewußt.

Aus diesem Grunde kann ich die Entscheidung eines Falles bei Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 S. 97 nicht billigen. Es heißt hier: 'Jemand verfolgt einen Kartoffeldieb auf frischer That. Der Dieb wirft den gestohlenen Sack Kartoffeln auf der Flucht einer am Wege sitzenden Frau als Geschenk zu. Der Bestohlene darf der Frau den Sack nur dann gewaltsam wegnehmen, wenn sie den Diebstahl ihres Geschenkgebers kannte. Kennenmüssen genügt nicht!'

Daß Kennenmüssen nicht genüge, ist richtig. Ich behaupte aber, daß davon die Entscheidung des vorliegenden Falles gar

nicht abhängt. Die Frau, welcher der Sack Kartoffeln zugeworfen wurde, tritt hier an die Stelle des Diebes. Und so gut wie dem Diebe kann der Frau der Sack vom Verfolger abgenommen werden. Es ist gerade so, als wenn der Dieb einem andern, der schneller laufen kann, den Sack zugeworfen hätte, damit er für ihn den Sack in Sicherheit bringe. Die Frau kommt hier gar nicht als Nachfolgerin, sondern als selbständige Besitzstörerin dem Bestohlenen gegenüber in Betracht.

Das Verteidigungsrecht beschränkt sich nicht auf den Fall, wenn die Entziehung der Sache droht, sondern greift auch bei sonstigen Besitzstörungen Platz. Jemand klebt an meine Mauer Anschläge; die kann ich wieder wegreißen: vgl. Venuleius fr. 22 § 2 Quod ui aut clam 43, 24. Ein Nachbar zieht Reben von meinem Weinstocke auf sein Grundstück hinüber; die darf ich zurückziehen oder auch abschneiden: Ulp. fr. 3 § 4 Uti poss. 43, 17. Wenn der Vermieter dem Mieter eigenmächtig die Wasserleitung absperrt, so darf dieser mit Gewalt den bisherigen Besitzeszustand wieder herstellen: F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2 3.4 § 43 Anm. 3.

Nicht nur der Besitzer selber, sondern auch seine Hausgenossen sind zu solcher Selbsthülfe berechtigt: § 860.

Wie steht es um den mittelbaren Besitzer? Die Befugnisse, die ihm geblieben, muß er jedenfalls verteidigen können: sowohl dem wirklichen Besitzer, wie Dritten gegenüber. Siehe wegen dieser Befugnisse beim Vermieter oben § 2 Nr. I S. 9, § 18 Nr. I, 5 S. 122.

Ein Vermieter braucht z. B. nicht zu dulden, daß der Mieter ohne seine Erlaubnis den Gebrauch der gemieteten Sache einem andern überlasse: B.G.B. § 549. Hätte demnach der Mieter ohne Erlaubnis seines Vermieters weiter vermietet, so darf der Hauptvermieter den Aftermieter zurückweisen und ihn am Einziehen verhindern. Um so mehr muß die Selbstverteidigung dem Vermieter dann zustehen, wenn jemand seinen Mieter gewaltsam vertreiben wollte. Ist nicht einmal dem Mieter gestattet, andere an seine Stelle zu setzen, so braucht

der Vermieter noch viel weniger beliebige Dritte zu dulden, die seinen Mieter verdrängen wollen. Dafür, daß auch dem mittelbaren Besitzer die Selbsthülfebefugnisse beizulegen, schon Bekker in Jhering's Jahrb., Bd. 34 S. 68 flg.

Muß der Vermieter wegen Ausbesserung des Daches die vermietete Dachstube betreten, so hat der Mieter sie aufzuschließen. Weigert er sich, wird der Schlösser geholt.

Wollen Wohnungsuchende eine gekündigte Mietswohnung besichtigen, so darf der Vermieter sie darin herumführen, ohne daß er einen Widerspruch des Mieters zu beachten braucht. Allerdings ist die Besichtigung zu einer passenden Zeit und in passender Weise vorzunehmen. Daß im Salon oder Boudoir Cigarren geraucht, Hunde mitgebracht werden: dergleichen kann sich der Mieter verbitten.

Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 23 Nr. 6 S. 72, spricht ein derartiges Selbsthülferecht dem Vermieter nur dann zu, wenn er sich den Zutritt ausdrücklich vorbehalten. Allein für den Umfang des Mietsbesitzes ist maßgebend der Mietsvertrag. Der Inhalt eines Mietsvertrages bestimmt sich aber nicht bloß nach dem, was ausdrücklich vereinbart worden. Siehe oben § 18 Nr. I, 5 S. 122.

Wendt, Archiv für die civ. Pr., Bd. 87 S. 58 hat die Ansicht entwickelt: daß 'der mittelbare Besitzer durch § 227 des B.G.B. genügend geschützt sei, da die Notwehr auch geschehen darf, um von einem andern einen Angriff abzuwehren'. Dem gegenüber wäre zunächst auf folgenden Punkt hinzuweisen.

Daß andere einem in Notwehr Befindlichen beistehen, ist nur so lange zulässig, als der Angegriffene entschlossen ist, den Angriff von sich abzuwenden. Sobald der Bestohlene Willens wird, den flüchtigen Dieb mit der Sache laufen zu lassen, und den Mitverfolgern seinen Willen kundthut, haben die Mitverfolger keinen Anlaß mehr, die Verfolgung fortzusetzen. Der mittelbare Besitzer hingegen verfolgt kraft eignen Rechtes und ist in dieser Beziehung von den Entschlüssen des wirklichen Besitzers unabhängig.

Außerdem ist das Verteidigungsrecht des Besitzers nach verschiedenen Richtungen hin ein weiterer Begriff als die Notwehr, worauf ich sogleich unter III zurückkommen werde. Wendt möchte den Notwehrbegriff auf Grund von § 859 des B.G.B. dehnen. Damit dürfte weder dem einen noch dem andern Begriffe ein Gefallen geschehen: siehe unten Nr. III.

Wie steht es um den Mitbesitzer?

Nach § 866 soll ein Besitzesschutz insoweit nicht stattfinden, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt.

Dieser Gebrauch ist entweder ein rechtmäßiger oder ein bloß thatsächlicher.

Für den rechtmäßigen Gebrauch kommt zunächst in Betracht § 743 Abs. 2: 'Jeder Teilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird.' Wenn z. B. auf einem Hofe, der zwei Hausbesitzern gemeinschaftlich gehört, Bewohner des einen Hauses ihre Wäsche aufgehängt haben, so dürfen die Bewohner des andern Hauses die nasse Wäsche nicht herunternehmen, um statt dessen ihre aufzuhängen. Wer in Bezug auf das Wäscheaufhängen dem andern zuvorgekommen ist, wird vorgehen müssen.

Es kann indes die Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes laut § 746 besonders geregelt werden. Es ist z. B. zwischen den beiden Hausbesitzern vereinbart, daß die Bewohner des einen Hauses in den ersten drei Wochentagen, die Bewohner des andern Hauses in den letzten drei Wochentagen ihre Wäsche aufzuhängen haben.

In Fällen dieser Art soll eine Besitzesschutz nicht stattfinden, damit ist zugleich verneint das Verteidigungsrecht des Besitzers. Diese Bestimmung beruht offenbar auf der falschen Voraussetzung, als ob unter Mitbesitzern der Anspruch aus dem bestehenden Rechtsverhältnisse genügenden Schutz gewähre. Die Selbsthülfe zum Schutze von Rechten bewegt sich in weit engeren Grenzen als das Verteidigungsrecht des Besitzers. Dies mag durch folgendes Beispiel veranschaulicht werden.

Die beiden Hausbesitzer, denen der Hof gemeinschaftlich gehört, haben beide einzelne Teile ihres Hauses vermietet und sich mit den Mietern in die drei Tage zum Wäscheaufhängen geteilt. Der Hausbesitzer A hat dem Mieter α den Dienstag, dem Mieter β den Mittwoch eingeräumt, ebenso der Hausbesitzer B dem Mieter γ den Freitag, dem Mieter δ den Sonnabend. Als die Mädchen des Mieters α an einem Dienstag die Wäsche aufhängen wollen, sind ihnen die Mädchen des γ schon zuvorgekommen; sie nehmen einfach diese Wäsche wieder ab und hängen ihre Wäsche auf.

Warum soll solche Selbsthülfe nicht gestattet sein? Derartige Fälle tragen sich hundert- und tausendfältig zu. Ich halte den Schutz aus dem bestehenden Rechtsverhältnisse nicht für ausreichend, denn mit den Grundsätzen der Notwehr kommen wir nicht allzu weit. Aber auf Grund der gesetzlichen Bestimmung ist der Besitzesschutz zu versagen.

Neben der rechtmäßigen Besitzesausübung kommt in Betracht die thatsächliche. Auf diese hat man es beim § 866 hauptsächlich abgesehen gehabt. Es heißt in der Denkschrift Heymann S. 167: 'die Erstreckung des Besitzschutzes auf diesen Fall empfiehlt sich indessen nicht, da der thatsächlich geübte Mitgebrauch eine genügend sichere Grundlage für die Gewährung des Rechtes der Selbsthülfe . . nicht bietet'.

2. Das Angriffsrecht des gewesenen Besitzers.

a) Denken wir uns ihn zunächst als Grundstücksbesitzer.

aa) Der gewesene Besitzer darf denjenigen vom Grundstücke wieder vertreiben, dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter: mag der gegenwärtige Besitzer selber den Besitz gewaltsam, heimlich, gegen Verbot erlangt haben, oder sein Erblasser, oder ein sonstiger Rechtsvorgänger, während der gegenwärtige Besitzer beim Erwerb die Fehlerhaftigkeit kannte.

Dieser Satz ergiebt sich aus § 861 Abs. 2. Denn die Klage wegen entzogenen Besitzes ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war. Zwar steht einem gegen-

wärtigen Besitzer ein Verteidigungsrecht selbst dann zu, wenn sein Besitz dem Angreifer gegenüber ein fehlerhafter. Unterliegt aber ein solcher Besitzer bei der Verteidigung seines Besitzes, so ist er ohne Klage. Wir sind wieder angelangt bei dem Satze qui ui aut clam possidet ab aduersario impune deicitur, und können noch hinzufügen qui inuito aduersario possidet ab eo impune deicitur. Siehe oben § 16 S. 102.

Der gewesene Besitzer ist nicht etwa auf einen einmaligen Versuch beschränkt; wenn der erste oder die ersten nicht glücken, kann er sie beliebig wiederholen. Jedoch unterliegt dieses Vertreibungsrecht einer zeitlichen Schranke. Es erlischt, wenn die Entziehung des Besitzes ein Jahr dauerte. Dies ergiebt sich ebenfalls aus § 861 Abs. 2. Denn die Einrede, daß der entzogene Besitz ein fehlerhafter, ist ausgeschlossen, wenn seit der Entziehung ein Jahr verflossen.

Den Hausgenossen des gewesenen Besitzers ist dieses Vertreibungsrecht nicht eingeräumt. Sie können zwar in dessen Auftrage handeln, dürfen indes nicht selbständig vorgehen.

Von der angezogenen Gesetzesbestimmung macht Josef, Arch. für bürg. Rt., Bd. 15 S. 279 eine verkehrte Anwendung. Er setzt folgenden Fall. A hat von B eine Wohnung gemietet und neben den ihm übergebenen Räumen noch eigenmächtig eine Kammer in Besitz genommen. B verkauft das Haus an C, welcher eigenmächtig den A wieder aus dem Besitze der Kammer entsetzt. Hier soll nach Josef der Anspruch des von C entsetzten A auf Rückgabe der Kammer ausgeschlossen sein.

Allein die Worte des Gesetzes 'dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger' lassen sich nur von einem Rechtsvorgänger im Besitze verstehen. Als aber B an C verkaufte und das Haus an C übergab, war er anlangend die fragliche Kammer gar kein Besitzer mehr, der A hatte ihm ja eigenmächtig dieses Besitzes entsetzt. Mithin war die Eigenmacht des C dem A gegenüber eine verbotene.

Wie steht der mittelbare Besitzer da? Wir werden sagen

müssen: auch ihm ist der Besitz entzogen. Zwar ist der mittelbare Besitz vor allem ein Besitzesanspruch, und ein solcher verbleibt dem mittelbaren Besitzer auch, wenn jemand dem wirklichen Besitzer den Besitz entziehen sollte.

Dabei könnte man sich beruhigen, wenn der mittelbare Besitz nichts weiter wäre, als ein Besitzesanspruch. Nun bleiben aber neben dem Besitzesanspruch noch gewisse Besitzesbefugnisse für den mittelbaren Besitzer zurück. Insonderheit vertritt ein Pächter zugleich die Stelle von Hausgenossen. Haben Hausgenossen in Anwesenheit des Besitzers ein Grundstück verlassen, so steht dem zurückkehrenden Besitzer jedenfalls das Recht zu, eingedrungene Strolche zu verjagen. Warum sollte es sich nicht ebenso verhalten, wenn Strolche sich einer Villa bemächtigen, die der Mieter den Winter nicht bewohnte? Anderer Meinung freilich Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 23 Nr. 7 S. 72 unter Berufung auf die Motive und die Kommissionsprotokolle. Aber die Motive und Kommissionsprotokolle können nicht Ausschlag gebend sein, wo Bedürfnisse des Lebens Befriedigung erheischen.

bb) In demselben Umfange, wie dem gewesenen Besitzer ein Vertreibungsrecht zusteht, ist er berechtigt, den gegenwärtigen Besitzer fortwährend zu stören. Dies ergiebt § 862 Abs. 2. Darnach ist die Besitzstörungsklage ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt.

Ein solcher gewesener Besitzer kann sich jeden Morgen in die Wohnung des Besitzers begeben und dort seine Zeitung lesen. Einer Aufforderung, sich zu entfernen, braucht er keine Folge zu leisten. Der Hausfriedensbruch hat ein widerrechtliches Eindringen bezw. Verweilen zur Voraussetzung: St.G.B. § 123.

Zwar darf sich der gegenwärtige Besitzer jedem gewesenen gegenüber verteidigen. Wenn es ihm aber nicht gelingt, den gewesenen Besitzer hinauszuwerfen, muß er sich den lästigen Besuch ruhig gefallen lassen, bis das Jahr um.

Mit dieser Auffassung ist nicht mehr verträglich das

Summariissimum, welches die letzte ruhige Besitzhandlung schützte: Motive, Bd. 3 S. 121. Dasselbe gilt von der Spolienklage, sofern man sie ähnlichen Grundsätzen unterwarf: S. A. Bd. 34 Nr. 274. Der Nachbar A errichtet am 10. November ein Staket gegen den Widerspruch des Nachbarn B, welcher behauptet, das Staket berühre seinen Besitz. Am 28. November beseitigt B eigenmächtig dieses Staket. Der Spolienklage des A gegenüber wurde die Einrede des B, daß A gegen Verbot gehandelt habe, verworfen wegen des Besitzes vom 10. bis 28. November. Nach dem B.G.B. ist eine solche Selbsthülfe gestattet, wenn B nachweisen kann, daß das Staket am 10. November auf dem von ihm besessenen Grund und Boden errichtet wurde.

Ein Hauseigentümer A findet bei seiner Rückkehr von einer mehrwöchentlichen Badereise, daß sein im Neubau begriffener Nachbar B an seinem, des B, Dache eine hölzerne Rinne während seiner, des A, Abwesenheit so angebracht habe, daß sie in seine, des A, Luftsäule hineinragt und ihm das Regenwasser vom Dache seines Nachbarn B zuführt. A fordert seinen Nachbarn, sowie er der Rinne ansichtig wird, auf, dieselbe sofort wieder zu entfernen. Der Nachbar kehrt sich hieran nicht. Nach dem B.G.B. ist A zur Selbsthülfe berechtigt. Würde er das Ende der Rinne, welches in seinen Luftraum hineinragt, absägen, so wäre dagegen kaum etwas zu sagen, wenn sich dies nach Lage der Sache als die einfachste Abhülfe darstellen sollte. Wir sind in dieser Beziehung wieder auf den Standpunkt des klassischen Rechtes angelangt, wie ihn Julian und Ulpian vertreten in fr. 7 § 3 Quod ui aut clam 43, 24: siehe oben § 40 S. 309. Zweifel wegen einer derartigen Selbsthülfe äußert Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 193 Z. V S. 97.

b) Aehnlich verhält es sich mit beweglichen Sachen. Eine Sache, die mir geraubt, gestohlen, gegen meinen Willen mitgenommen, kann ich dem Räuber, Diebe, Mitnehmer wieder entreißen, bezw. desfallsige Versuche machen: so lange das Jahr noch nicht abgelaufen.

II. Die Selbsthülfe zum Schutze von Rechten.

Die Selbsthülfe zum Schutze von Rechten tritt uns ebenfalls in doppelter Gestalt entgegen: als Verteidigung und Angriff. Das B.G.B. § 229 beschränkt den Ausdruck 'Selbsthülfe' auf die Thätigkeit des Angreifers.

Ueber die Zulässigkeit der Selbsthülfe hat das B.G.B. teils allgemeine Regeln aufgestellt, teils einzelne Fälle besonders namhaft gemacht.

So kann der Mieter die Entfernung der seinem Pfandrechte unterliegenden Sachen verhindern: wovon schon die Rede war. Siehe oben S. 311. — Der Eigentümer eines Grundstückes darf Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches, die von einem Nachbargrundstücke eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das Gleiche gilt von herüberragenden Zweigen, wenn der Nachbar einer desfallsigen Aufforderung keine Folge leistete. Vgl. § 910. — Wer seinen Bienenschwarm verfolgt, darf fremde Grundstücke betreten; die Bienenwohnung öffnen, in welche der Schwarm eingezogen, falls sie bisher nicht besetzt war, und die Waben herausnehmen: § 962. — Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Privatpfändung von Sachen sind aufrecht erhalten: E.G. Art. 89.

Das Verhältnis zwischen Selbsthülfe des Besitzers und Selbsthülfe zum Schutze von Rechten ist bereits nach einer Richtung hin besprochen: siehe oben S. 311 flg. Die Selbsthülfe des Besitzers richtet sich gegen verbotene Eigenmacht. Soweit demnach eine Selbsthülfe zum Schutze von Rechten gestattet, muß die Selbsthülfe des Besitzers zurücktreten.

Die allgemeinen Regeln über die Selbsthülfe zum Schutze von Rechten sind enthalten in den §§ 227—231, 904.

1. Das Verteidigungsrecht.

Das Verteidigungsrecht bewegt sich in den Schranken der Notwehr und des Notstandes: §§ 227, 228, 904.

Beim Notstande steht dem eignen Rechte ein fremdes gegenüber. Das B.G.B. hat diesen Begriff in eigentümlicher Weise gespalten. Besonders herausgehoben ist die Abwehr

gegen die von fremden Sachen drohende Gefahr. Hierauf bezieht sich § 228. Des Nachbarn Baum droht umzustürzen und mein Gewächshaus zu zertrümmern. Ein fremder Stier geht auf einen Menschen los. Die sonstigen Fälle des Notstandes umfaßt der § 904. Um das Wasser zum Löschen eines ausgebrochenen Brandes zu holen, eilen die Bedrohten quer über ein fremdes Saatfeld zum Flusse. Wegen der näheren Abgrenzung verweise ich auf F. Endemann, Lehrb. des bürg. Rts., Bd. 1 [3] § 88 S. 369 flg. Beide Arten des Notstandes kommen darin überein, daß jemand einen Eingriff in seine Rechtssphäre, z. B. Erschießen des Stieres, insonderheit eine Besitzstörung, z. B. Betreten des Saatfeldes, dulden muß. Auseinandergehen sie insofern, als nach § 904 der Eigentümer allemal Ersatz des ihm erwachsenen Schadens, z. B. für das beschädigte Saatfeld, verlangen kann; dagegen nach § 228 ist der Handelnde nur dann zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er die Gefahr verschuldete, z. B. den Stier gereizt hatte.

Der Notstand des B.G.B. ist eine Erweiterung des Notstandsbegriffes, wie er uns im § 54 des St.G.B. entgegentritt. Bei der Notwehr gehen beide Rechte Hand in Hand. B.G.B. § 227 Abs. 2 ist wörtlich herübergenommen aus St.G.B. § 53 Abs. 2. 'Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwenden.'

Das Verteidigungsrecht des Besitzers kann sich als Notwehr gestalten, damit erschöpft sich aber dieses Verteidigungsrecht keineswegs. Vielmehr erscheint dieses Verteidigungsrecht nach drei Seiten hin als ein weiterer Begriff.

Bei der Notwehr muß sich die Verteidigung gegen den Angreifer selbst, darf sich nicht gegen Dritte richten: Liszt, Strafrecht [7] § 32 S. 125. Dem Besitzer ist die Verteidigung gestattet auch gegen den Erben des Angreifers wie unter Umständen gegen dritte Erwerber.

Die Verteidigung des Besitzers beschränkt sich nicht wie bei der Notwehr auf einen gegenwärtigen Angriff. Für das Verteidigungsrecht des Besitzers ist vielmehr maßgebend

der Begriff der vorübergehenden Verhinderung. Die Verhinderung kann sehr wohl noch als eine vorübergehende erscheinen, während der Angreifer gar nicht mehr gegenwärtig.

Das Verteidigungsrecht des Besitzers richtet sich selbst gegen heimliche Handlungen, wo ein Angriff gar nicht vorliegt. Jemand beklebt in der Nacht meine Mauer mit Anschlägen.

Bisher war das Verteidigungsrecht der weitere Begriff. Andererseits giebt die Notwehr erweiterte Gelegenheit zum Eingreifen.

Bei der Notwehr kann jeder beliebige Dritte zuspringen. Die Besitzverteidiguug ist neben dem Besitzer nur den Hausgenossen anvertraut; und zwar bezieht sich § 860 lediglich auf die Hausgenossen des wirklichen, nicht des mittelbaren Besitzers.

Notwehr und Verteidigungsrecht des Besitzers sind demnach zwei Begriffe, von denen keiner ganz in dem andern aufgeht. Sie haben ein gemeinschafttiches Gebiet, aber auch jeder wieder sein besonderes. Es sind zwei Begriffe, die sich schneiden.

2. Der Angriff.

Der Angriff oder die Selbsthülfe im engern Sinne ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden.

Es ist zum Zwecke der Selbsthülfe gestattet, eine Sache wegzunehmen, zu zerstören, zu beschädigen, 'wenn obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde': § 229.

Soll indes die Wegnahme von Sachen, z. B. eines gekauften Fahrrades, Bestand haben, so bedarf es einer gerichtlichen Bestätigung. Demgemäß ist entweder Zwangsvollstreckung oder dinglicher Arrest zu erwirken: § 230 Abs. 2, 4.

Ferner darf die Selbsthülfe 'nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist': § 230 Abs. 1.

Für den gegenwärtigen bezw. gewesenen Besitzer sind diese Voraussetzungen nicht vorhanden. Insonderheit braucht keine Gefahr zu bestehen, daß die Verwirklichung seines Anspruchs

vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Nur die Schranke ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen für den Besitzer, daß er sein Selbsthülferecht nicht weiter ausdehnen darf, als zur Beseitigung der Besitzverletzung erforderlich.

III. Berührungspunkte mit dem Strafrecht.

Die Selbsthülfe bietet mehrfach Berührungspunkte mit dem Strafrecht dar.

Die Notwehr ist zugleich ein strafrechtlicher Begriff. Das Verteidigungsrecht giebt dem Besitzer weiter gehende Befugnisse. Wie steht ein Besitzer da, dessen Handlungsweise die Grenzen der Notwehr zwar überschreitet, der sich aber innerhalb der Linien bewegt, die ihm sein Verteidigungsrecht gestattet? Dies wird namentlich in der Weise vorkommen, daß der Angriff nicht mehr als ein gegenwärtiger erscheint. Der Bestohlene verfolgt den Dieb. Es gelingt dem Dieb, seine Wohnung zu erreichen und hier die gestohlene Sache zu verstecken. Der Diebstahl ist vollendet, denn dazu gehört weiter nichts als Wegnahme der Sache, St.G.B. § 242: also Notwehr ausgeschlossen. Der Verfolger entdeckt den Versteck und nimmt die Sache wieder fort. Das ist keine Notwehr mehr, sondern von diesem Standpunkte aus ein neuer Angriff, der aber noch in den Rahmen des Verteidigungsrechtes fällt, solange die Verhinderung in Ausübung der Gewalt eine vorübergehende war. Dieser neue Angriff des Bestohlenen stellt sich demnach dar als berechtigte Selbsthülfe, die aus diesem Grunde ebenfalls straflos. Vgl. Liszt a. a. O. § 34 Nr. II, 1 S. 133.

Wir müssen noch weiter gehen. Der gewesene Besitzer darf denjenigen wieder vertreiben, demjenigen die Sachen wieder abnehmen, dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter. Zwar steht dem gegenwärtigen Besitzer dem geweseneu gegenüber ein Verteidigungsrecht zu; aber wenn er im Kampfe unterliegt, ist er ohne Klage. Demgemäß ist auch diese Selbsthülfe des gewesenen Besitzers als eine berechtigte anzuerkennen, wegen der von Bestrafung keine Rede sein kann.

Ebenso ist der gewesene Besitzer berechtigt, denjenigen,

dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter, in Ausübung seines Besitzes zu stören. Wegen solcher Störung macht er sich keines Hausfriedensbruches schuldig: siehe oben S. 320.

Ein Grundstücksbesitzer, welcher nicht will, daß ein Nachbar über sein Grundstück fährt, fällt den Pferden in die Zügel und bietet seine Leute auf, um den Kutscher am Weiterfahren zu verhindern. Das ist keine Nötigung im Sinne von St.G.B. § 240, die zur Voraussetzung hat eine widerrechtliche Handlung.

Ebensowenig ist nach § 253 des St.G.B. wegen Erpressung zu bestrafen, wer einem Dieb mit der Anzeige droht und auf diese Weise den Besitz der gestohlenen Sache zurückerlangt.

Für einen mit Recht sich selber Helfenden kommt nicht in Betracht St.G.B. § 368 Nr. 9: 'wer unbefugt über Gärten und Weinberge, oder vor beendeter Ernte über Wiesen oder bestellte Aecker, oder über solche Aecker, Wiesen, Weiden oder Schonungen, welche mit einer Einfriedigung versehen sind, oder deren Betreten durch Warnungszeichen untersagt ist, oder auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege geht, fährt, reitet oder Vieh treibt'.

Gegen einen rechtmäßigen Angriff ist keine Notwehr erlaubt. Die Notwehr soll nur dazu dienen, einen rechtswidrigen Angriff abzuwenden. Wer sich einem rechtsmäßigen Angriffe gegenüber wehrt, kann sich wegen Handlungen, die an sich strafbar, nicht auf Notwehr berufen. Dieser Satz erleidet eine Abschwächung, sofern sich Angriffsberechtigter und gegenwärtiger Besitzer gegenüberstehen. Trotzdem der eine angriffsberechtigt, ist dem andern gestattet, sich zu verteidigen.

Ein Zahntechniker hatte einer Dame ein bestelltes Gebiß zur Probe eingesetzt. Die Dame will sich mit dem Gebiß aus dem Zimmer entfernen, ohne zu zahlen. Daran verhindert sie der Zahntechniker, indem er die Thüre abschließt. Das ist keine Freiheitsberaubung, die in Gemäßheit von § 239 des St.G.B. zu ahnden wäre; der Zahntechniker verteidigte in durchaus berechtigter Weise den Besitz des Gebisses.

IV. Der Anspruch auf Schadensersatz.

'Wer vorsätzlich und rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört', wird nach St.G.B. § 303 bestraft. Ob die Handlung eine rechtswidrige, ist zu beurteilen nach den Grundsätzen des B.G.B. Neben die Strafe tritt der Anspruch auf Schadensersatz.

Ausnahmsweise kann ein Anspruch auf Schadensersatz begründet sein, obwohl die vorsätzliche Handlung, die in Frage steht, nach dem St.G.B. straffrei. So ist nach § 53 Abs. 3 des St.G.B. die Ueberschreitung der Notwehr nicht strafbar, 'wenn der Thäter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist'. Wohl aber muß der Thäter in diesem Falle den Schaden ersetzen: Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B., Teil 1 S. 535; Lobe, Ueber den Einfluß des B.G.B. auf das Strafrecht, S. 36.

Das B.G.B. beschränkt sich nicht darauf, einen Anspruch auf Schadensersatz nur da zu gewähren, wo die Widerrechtlichkeit gegeben. Es kann zuweilen nach dem B.G.B. die Handlung an und für sich als eine berechtigte erscheinen, die den Handelnden gleichwohl zum Schadensersatze verpflichtet.

Wir haben schon gesehen — siehe oben S. 323 — daß beim gewöhnlichen Notstande der Eigentümer nach § 904 des B.G.B. Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen darf. Wer sich in Notwehr befand, wird nicht schadensersatzpflichtig. Ebenso ist die Abwehr gegen die von fremden Sachen drohende Gefahr behandelt, es müßte denn der Handelnde die Gefahr verschuldet haben: § 228 des B.G.B.

Wer angriffsweise verfährt unter Beobachtung der ihm im § 229 und § 230 gesetzten Schranken, braucht gleichfalls keinen Schaden zu erstatten. Handelte er indes in Ueberzeugung von seinem guten Rechte, ohne daß ihm dieses Recht wirklich zur Seite stand, so wird er nach § 231 des B.G.B. schadensersatzpflichtig.

Wer nach § 962 des B.G.B. berechtigt ist, eine fremde Bienenwohnung zu öffnen und die Waben herauszunehmen, muß den Schaden ersetzen.

Diese Fälle, wo trotz der Berechtigung zum Handeln eine Schadensersatzforderung entsteht, lassen sich der Enteignung vergleichen. Auch bei der Enteignung muß ich einen Eingriff in meine Rechte dulden, kann aber Ausgleichung begehren.

Ueber den Schadensersatzanspruch, wenn ein Besitzer sich selber hilft, fehlt es an Bestimmungen. Es steht indes nichts im Wege, die für die Selbsthülfe zum Schutze von Rechten getroffenen hier sinngemäß zur Anwendung zu bringen.

Jemand entfernte ein Staket; er glaubte, es sei auf seinem Grund und Boden errichtet, irrte sich aber. Wir werden § 231 des B.G.B. dahin ausdehnen können, daß der Schaden erstattet werden muß: vgl. Dernburg, Das bürgerl. Rt., Bd. 3 § 23 Nr. 3[a] S. 69.

Ein Besitzer verfolgt einen Bienenschwarm und beschädigt bei dieser Gelegenheit den Zaun seines Nachbarn. Der Schaden ist zu ersetzen in Anlehnung an § 904.

Wie steht es um den Fall, wo der zurückgekehrte Hauseigentümer und Besitzer ein Ende Rinne absägte? Siehe oben S. 321. Wenn dies nach Lage der Sache die einfachste Abhülfe war, und das Selbsthülferecht nicht weiter ausgedehnt wurde, als zur Beseitigung der Besitzesverletzung erforderlich: dann entsteht kein Anspruch auf Schadensersatz. Unterstützend läßt sich noch geltend machen, daß die Handlungsweise des zurückgekehrten Besitzers hervorgerufen wurde durch die widerrechtliche Besitzesaneignung des Nachbarn. Jedenfalls wäre ein Anspruch auf Schadensersatz nur darauf zu richten, daß statt der zersägten eine gleich gute Rinne ersetzt würde. Der Nachbar könnte in Gemäßheit von § 249 des B.G.B. nicht etwa verlangen die Herstellung des früheren Zustandes in der Weise, daß das Regenwasser wieder aufgenommen werde.

Siebente Abteilung.

Die Besitzklagen.

---

1. Das römische Recht.

a) § 42. Allgemeine Erörterungen.

Nach römischem Rechte haben wir drei Arten von possessorischen Interdikten zu unterscheiden, uel adipiscendae possessionis causa conparata sunt uel retinendae uel reciperandae: Gai. 4, 143; § 2 de interdictis 4, 15; Paul. fr. 2 § 3 de interd. 43, 1. Demnach ist ein Besitzesanspruch dann vorhanden, wenn ich ein Recht habe auf Neuerlangung, Wiedererlangung, Behaltung bezw. Erhaltung des Besitzes.

Savigny, Recht des Besitzes, § 35, hat der Auffassung des römischen Rechtes eine andere gegenübergestellt. Nach ihm sind possessorische Klagen solche, die unter der Bedingung angestellt werden können, daß der Kläger ein ius possessionis wirklich erworben hat; bei denen der Kläger entweder behauptet, jetzt zu besitzen, oder ehemals den Besitz gehabt zu haben.

Die Anwendung dieses Begriffes auf die interdicta retinendae und recuperandae possessionis soll keine Schwierigkeit haben. Dagegen kann Savigny sich nicht verhehlen, daß die interdicta adipiscendae possessionis mit jenem Begriffe nicht in Einklang zu bringen.

Wie steht es ferner um die interdicta duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis? Als solche treten uns entgegen Quem fundum, Quam hereditatem, Quem usumfructum: Fr. Vat. 92; Ulp. inst. 4. Diese interdicta duplicia beschäftigen Savigny in der sechsten Auflage des angeführten Buches in Folge der damals neu entdeckten Bruchstücke aus Ulpian's Institutionen. Er muß zugestehen, daß das Ausstoßeu der interdicta adipiscendae possessionis, 'dieses an sich schon sehr gewaltsame Verfahren' gar nicht genügt hat; selbst die Klasse der interdicta recuperandae possessionis sei nicht in den Grenzen des von ihm aufgestellten Begriffes gehalten.

Savigny hat sich also mit Bewußtsein über das römische Recht hinweggesetzt. Dagegen ist Widerspruch laut geworden: Leist, Bonorum Possessio, Bd. 1 S. 360 flg.; Büchel, Ueber die Natur des Besitzes, S. 26 flg.; Jhering, Ueber den Grund des Besitzesschutzes [2] S. 66 flg. Was für Savigny zu sprechen scheint, soll später erörtert werden: unten § 46. Anlangend das römische Recht ist selbstverständlich an der Dreiteilung festzuhalten.

So sind wir denn vor die Frage gestellt: welche Bewandtnis hat es mit diesen possessorischen Interdikten? welche Eigenschaft kenntzeichnet sie? was ist ihr ökonomischer Zweck?

Es ist vielfach behauptet: die possessorischen Interdikte regeln das Verhältnis bloß provisorisch, während die petitorische Klage das Verhältnis endgültig feststelle.

Diese Auffassung läßt sich aber nicht durchführen. Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts, Bd. 3 S. 223, 224 A. 20; Huschke, Studien, Bd. 1 S. 387 flg.; Randa, Besitz [3] S. 9, 10 A. 10a; Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bd. 1 S. 173 flg. Das Interdiktum Quorum bonorum stand dem bonorum possessor zu. Die bonorum possessio konnte cum re sein. Ulp. 28, 13. Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re, cum is qui accepit cum effectu bona retineat. — Das Saluianum hatte ebenso wie die Seruiana Pfandrecht zu seiner Voraussetzung. Gai. 4,

147: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Vgl. Lenel, Ed., S. 393. — Das Interdiktum de loco publico fruendo wurde weiter niemand als dem Pächter oder dessen Genossen gewährt: Ulp. fr. 1 pr. de loco publ. fr. 43, 9. — Wenn ein vertriebener Eigentümer mittelst Unde ui auf sein Grundstück wieder eingesetzt wird; wenn ein Eigentümer zum Uti possidetis greift, um sich gegen Störungen zu schützen: wo bleibt hier das Provisorium? — Allerdings ward das Uti possidetis benutzt, um die Parteirollen für den Eigentumsstreit festzustellen. Aber die Eigentumsklage des klassischen Rechtes war im allgemeinen eine Geldabfindungsklage. Der unterliegende Beklagte konnte regelmäßig gar nicht genötigt werden, die Sache herauszugeben: Ulp. fr. 3 § 2 de reb. eor. qui sub tut. 27, 9. Er wird es häufig vorgezogen haben, den Wert der Sache zu erstatten: Gai. fr. 1 pro emptore 41, 4; Ulp. fr. 3 daselbst; Pomp. fr. 2 § 21 das.; Paul. fr. 46, 47 de rei uind. 6, 1; fr. 73 de fidei. 46, 1; fr. 36 pr. de don. i. u. et ux. 24, 1 und zu letzterer Stelle oben § 22 S. 222. Sofern der Beklagte von dieser seiner Befugnis Gebrauch machte, hatte das Uti possidetis doch endgültig über den Besitz entschieden.

Meine Ansicht über den Zweck, den die possessorischen Interdikte verwirklichen sollten, habe ich früher bereits angedeutet: Vacua possessio, Bd. 1 S. 364. Der Besitz ist vor allen Dingen ein körperliches Verhältnis. Die Aufgabe, welche den possessorischen Interdikten zufiel, bestand darin: dieses körperliche Verhältnis gegen Störung zu schützen, es wieder herzustellen und auch neu entstehen zu lassen. Die possessorischen Interdikte bilden einen Gegensatz zu den auf Geld gerichteten Klagen. Derjenige Römer, dem ein Besitzesinterdikt zu Gebote stand, brauchte sich nicht mit Geld abfinden zu lassen, sondern konnte die Sachleistung erzwingen.

Dieser Gedanke ist nicht durchaus neu. Schon Leist, Bonorum Possessio, Bd. 1 S. 360 flg., stellt die Interdikte überhaupt, nicht bloß die possessorischen, den auf ein Geldurteil

auslaufenden Klagen gegenüber. Aber Leist verliert sich schließlich ins Unbestimmte. Dasselbe gilt von Keller, Der römische Civilprozeß [6] S. 372 § 74 A. 861, der uns darauf hinweist: daß die direkten Zwangsmittel des Prätors 'bei oder doch neben den Interdikten stets in einer gewissen Nähe bleiben'. Andererseits ist mit großem Nachdruck geltend gemacht: daß die Interdikte hinsichtlich der Kondemnation wie der Zwangsvollstreckung gegenüber den gewöhnlichen actiones nichts Eigentümliches bieten, und daß man mit Annahme der Naturalexecution hier vorsichtig sein müsse. In dieser Beziehung verdienen namentlich Beachtung die Ausführungen von Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 3 S. 396 flg., und Burckhard, Forts. von Glück, Bd. 1 S. 224 flg., S. 434 flg. Mit letzterem Schriftsteller übereinstimmend Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 2 S. 273 flg.

Ich beginne mit den Interdikten Quem fundum und Quam hereditatem, die tam adipiscendae quam reciperandae possessionis. Bei der formula petitoria und der hereditatis petitio hatte der Beklagte, welcher das defendere wählte, Sicherheit zu leisten in Bezug auf das iudicatum solui. Verweigerte er diese Sicherheit, so wurden dem Kläger die Interdikte Quem fundum bezw. Quam hereditatem eingeräumt. Mittelst dieser erreichte er, daß der Besitz auf ihn übertragen wurde. Ulp. inst. 4: nam si fundum uel hereditatem ab aliquo petam ne lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, siue numquam possedi siue ante possedi, deinde amisi possessionem. c. un. Uti possidetis 8, 6 vom Jahre 294: satisdationis uel transferendae possessionis edicti perpetui forma seruata. Hier kann es doch wohl nicht zweifelhaft sein, was wir unter dem adipisci und reciperare possessionem zu verstehen haben. Näheres bei Keller, Röm. Civilproz. [6] S. 328; Lenel, Edictum, S. 363, 381.

Aehnlich verhält es sich mit dem Interdikte Quem usumfructum: Lenel, Ed., S. 382. Das restituere wird fr. Vat. 93 in folgender Weise beschrieben: Restitutus ex hoc

interdicto usus fructus intellegitur, cum petitor in fundum admissus sine periculo interdicti Unde ui ad eam rem propositi depelli non potest.

Auf demselben Grundgedanken beruhen Ulp. fr. 1 § 1 Si quis ius dicenti 2, 3: ueluti si quis rem mobilem uindicari a se passus non est, sed duci eam uel ferri passus est, und Furius Anthianus fr. 80 de rei uind. 6, 1: transferat ad se possessionem per iudicem. Vgl. Lenel, Ed., S. 106; O. E. Hartmann, Contumacialverfahren, S. 178 flg.

Ebenso kann es beim Uti possidetis vorkommen, daß nicht alles geschieht, was zum defendere gehört. Hierauf beziehen sich die interdicta secundaria bei Gai. 4, 170. Derjenige z. B., welcher beim Aufgebote der Früchte am Meistgebot geblieben, leistet keine Sicherheit: restituat aduersario possessionem, siue non possideat, uim illi possidenti ne faciat. Auch hier haben wir einerseits Herausgabe des Besitzes, andererseits Schutz gegen Störung.

Den Gegensatz zwischen Unde ui und Uti possidetis bestimmt Ulpian in folgender Weise. Ulp. fr. 1 § 4 Uti possidetis 43, 17: illud enim restituit ui amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio, denique praetor possidenti uim fieri uetat: et illud quidem interdictum obpugnat possessorem, hoc tuetur. Daran schließt er eine allgemeinere Bemerkung des Pedius: et ut Pedius ait, omnis de possessione controuersia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu verstehen Gai. 4, 139. Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controuersis proponit (interponit). quod tum maxime facit, cum de possessione inter aliquos contenditur.

Nach Cic. pro Caecina 12, 35 tritt beim interdictum de ui armata der Prätor mit seinem Zwangsmittel ein und verschafft dem Entsetzten wieder Besitz. Dieses Verfahren wird

verglichen mit der auf ein Geldurteil auslaufenden Injurienklage, die das nicht zu leisten vermöge. Vgl. Vac. poss., Bd. 1 S. 362 flg.

In welcher Weise ein solches Einschreiten geschah, ersehen wir aus einem Decrete eines Proconsuls von Sardinien aus dem Jahre 69 n. Chr., Bruns Fontes[6] n. 67. Die Galillenser hatten ein Stück Land gewaltsam in Besitz genommen, das nach dem Ausspruche des Metellus den Paluicensern zukam. Der Procurator M. Juventius Rixa hatte bereits verfügt: intra K. Octobr. primas de praedis Patulcensium recederent uacuamque possessionem traderent; quod si in contumacia perseuerassent, se in auctores seditionis seuere animaduersurum. Die Galillenser machen weitere Winkelzüge, bis dann L. Helvius Agrippa aufs neue gebietet: Galilenses ex finibus Patulcensium Campanorum, quos per uim occupauerant, intra K. Apriles primas decedant. Quodsi huic pronuntiationi non obtemperauerint, sciant se longae contumaciae et iam saepe denuntiatae animaduersioni obnoxios futuros.

.Mommsen, Hermes, Bd. 2 S. 123, betrachtet diesen Fall vom Standpunkte einer Vindication. Indessen was voraufging, war eine schon von M. Metellus vorgenommene Feststellung der Grenzen: fines Patulcensium ita seruandos esse, ut in tabula ahenea a M. Metello ordinati essent. Diese Grenzermittelung dürfte vielmehr als adiudicatio aufzufassen sein. Durch die Linie, wie sie Marcellus gezogen, war festgestellt: was der einen, was der andern Gemeinde gehöre. Wurde gleichwohl die eine Gemeinde von der andern daran gehindert, ihr Eigentum in Besitz zu nehmen, so war das eine gewaltthätige Handlnng.

Weiter nimmt Mommsen an, es sei mit einem Einschreiten im Wege des Strafprozesses gedroht. Näher liegt es indessen, das animaduertere mit dem Multierungsrechte der Magistrate in Verbindung zu bringen. Vgl. über animaduertere Danz, Gesch. des röm. Rechts, Bd. 2 S. 183 flg.

Jedenfalls ist sehr beherzigenswert, wenn Mommsen

ausruft: 'wer wird es glauben, was schon im Privatprozeß kaum glaublich ist, daß bei einem Streite um Gebietsgrenzen es in die Willkür des zur Herausgabe verurteilten Besitzers gestellt worden sei, gegen Zahlung des — wenn auch von der Gegenpartei anzusetzenden — Preises das Nachbarland zu behalten oder vielmehr zu erwerben?'

War ein Nießbraucher vom Eigentümer entsetzt worden, so kann er verlangen, daß ihm der Nießbrauch wieder eingeräumt werde. Wenn z. B. der Nießbrauch für fünf Jahre bestellt, und diese nach der Entsetzung abliefen, so mußte für die Zeit, welche dem Nießbraucher noch zugekommen wäre, ein neuer Nießbrauch bestellt werden. Dies ist der Inhalt von fr. 9 § 1 de ui 43, 16. Die Handschriften weisen die Stelle dem Paulus zu, während die Sprache eher auf Gajus hindeutet: Kalb, Roms Juristen, S. 75. Die Stelle lautet: Deiectum ab usu fructu in eandem causam praetor restitui iubet, id est in qua futurus esset, si deiectus non esset. itaque si tempore usus fructus finitus fuerit, postquam deiectus est a domino, nihilo minus cogendus erit restituere, id est usum fructum iterum constituere.

Dieser Zwang soll indes dann nicht stattfinden, wenn der Nießbraucher inzwischen gestorben war oder eine Capitis Diminutio erlitten hatte; den Erben und Nachfolgern wurde nur eine Geldentschädigung zugebilligt. Ulp. fr. 3 § 17 de ui 43, 16: sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit uel mortuus, recte dicitur heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur usus fructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur. Die Verneinung des Anspruches ut in futurum constituatur usus fructus in diesem besondern Falle läßt uns darüber nicht in Zweifel: daß, wo ein derartiger Anspruch bestand, er auch als solcher erzwungen werden konnte.

Sodann mögen noch folgende Stellen hier Platz finden.

Ulp. fr. 9 § 1 de damno infecto 39, 2. Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum

in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne uis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent.

Marcianus fr. 40 de sol. 46, 3. Si quis soluerit, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit. Glaubt man denn etwa, daß der Prätor, welcher Vermächtnisnehmer in den Besitz eingewiesen hatte, um Mittel verlegen gewesen sei, sie wieder hinauszuschaffen?

Aehnlich steht es um Ulp. fr. 5 § 2. 3 Quibus ex causis 42, 4: de possessione decedere iubebo . . ergo oblata defensione deici poterit interdicto reddito.

Ulp. fr. 3 § 9 Uti poss. 43, 17. Si uicinus meus in parte (in pariete) meo tectoria habeat et in parte sua, 'uti possidetis' mihi efficax est ut ea tollere compellatur. Es ist bemerkenswert, daß der Nachbar angehalten wird, den Putz selber wieder zu entfernen. Pflüger, Besitzklagen, S. 260, und andere meinen: der Prätor habe nur gebieten können, daß der Nachbar mich an der Wegnahme nicht hindere. Aber wie komme ich dazu, diese Kosten zu tragen! Die Besitzstörung besteht darin, daß der Nachbar mein Ende Wand mit hat abputzen lassen. Auf diese Weise hat er Besitz von der ganzen Wand ergriffen: Cuiacius Obs. 5, 27. Diese Besitzstörung wieder zu beseitigen, ist Sache des Nachbarn. Gegen Pflüger auch Ubbelohde, Forts., Bd. 5 S. 468 flg.

Anzureihen wären das prohibitorische und restitutorische Interdikt im Pandektentitel Ne quid in flumine publico fiat 43, 13; die auf die Schiffahrt bezüglichen Interdikte in den Pandektentiteln De fluminibus 43, 12 und Ut in flumine publico nauigare liceat 43, 14; Ulp. fr. 3 pr. de aqua et aq. pluu. arc. 39, 3; Ulp. fr. 1 § 23 de aqua cott. 43, 20; das Interdikt de riuis 43, 21; Ulp. fr. 4 § 2 de aqua et aq. pluu. 39, 3.

Ich wende mich jetzt zu der Beweisführung von Bruns. Derselbe legt ein besonderes Gewicht auf Ulp. fr. 3 § 13 de hom. lib. exh. 43, 28: si tamen reus condemnatus malit

litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdicto experiri (permitti) uel eidem sine exceptione uel alii. Wenn die Abneigung gegen die Naturalexecution so weit ging, meint Bruns, daß man es bei dem Interdikte auf Herausgabe eines gefangen gehaltenen freien Menschen vorzog, lieber den Verklagten durch wiederholte Klagen mürbe zu machen, als den Gefangenen mit Gewalt zu befreien, so werde man auch bei den Popular-Interdikten für Wege und Flüsse vorsichtig mit der Annahme der Naturalexecution sein müssen.

Diese Schlußfolgerung hat auf den ersten Augenblick etwas sehr Bestechendes und wird von mancher Seite für unumstößlich gehalten. Aber zunächst möchte ich darauf hinweisen, daß der Prätor eine häufige Wiederholung dieses Ediktes gar nicht beabsichtigte. Es heißt vorher in dem nämlichen Paragraphen, der schon zum Teil ausgeschrieben wurde: si tamen, posteaquam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici: itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit mouendum. nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel. Vgl. Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 2 S. 79 flg. Also muß es doch wohl seine eigne Bewandtnis haben, wenn in dem vorausgesetzten Falle einer mehrfachen Klagerhebung ohne weiteres nachgegeben wurde. Und diese zu ermitteln, dürfte kaum große Schwierigkeiten bereiten.

Jemand, der verklagt wurde, einen gefangen gehaltenen Freien herauszugeben, wird verurteilt, den Wert zu zahlen. Wunderliches Ding! Ein Freier kann doch nicht in Geld abgeschätzt werden. Was soll nun geschehen? Der Beklagte ist gern erbötig, die Summe zu zahlen. Aber auf diese Weise kann unmöglich die Freiheit zu Grunde gehen.

Es liegt vor ein verkehrtes Urteil. Der Richter hätte die Freigebung des gefangen Gehaltenen erzwingen müssen. Venuleius fr. 4 pr. im nämlichen Titel: si dolo malo retinet, cogitur exhibere. § 2 Nullo tempore dolo malo retineri

homo liber debet, adeo ut quidam putauerint nec modicum tempus ad eum exhibendum dandum, quoniam praeteriti facti poena praestanda est. Die poena wird vou der Sponsionssumme zu verstehen sein. Venulejus weiß nur von Strafe und Freigebung, nichts von einer litis aestimatio. Einen Gegensatz zur Freigebung bringt er uns dann im § 3: nec enim debitorem latitantem exhibere quisquam cogitur, sed in bona eius ex edicto praetoris itur. Diese Gegenüberstellung läßt ebenfalls das exhibere als ein unmittelbar zu erzwingendes erscheinen.

Die Verkehrtheit des in Frage stehenden Urteils ergiebt sich noch auf andere Weise. Das Interdictum de homine libero exhibendo fand erst statt, wenn die Freiheit feststand. Ulp. fr. 1 § 7: tunc demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est: ceterum si quaeratur de statu, non oportet praeiudicium fieri alienae cognitioni. War die Freiheit ungewiß, so mußte erst ein Freiheitsproceß durchgemacht werden. Wurde der Betreffende hier für frei erklärt, so ist gar nicht zweifelhaft, daß man ihm die Freiheit wirklich verschaffte: fr. 27 § 1, fr. 29 § 1, fr. 30, fr. 37 de liberali causa 40, 12; c. 1. 10 de lib. causa 7, 16 u. a. m. Schon während des Rechtsstreites wurde er als frei behandelt: Vac. poss., Bd. 1 S. 150 flg. Die Freiheit selber ist ein Punkt, um den sich der für das Interdiktum de homine libero bestellte Richter gar nicht zu kümmern hat; folglich darf er sie auch nicht in Geld abschätzen.

Von verkehrten Urteilen dieser Art ist auch sonst die Rede, z. B. c. 17 § 1 de fideicom. lib. 7, 4: miramur, quare iudex . . non omnimodo condemnationem in seruum, sed in aestimationem eius fecerat. Vgl. zu dieser Stelle Mora des Schuldners, Bd. 2 S. 441—445.

Erscheint demnach die Verkehrtheit des Urteiles als ausgemacht, so wäre von unserm heutigen Standpunkte aus die Einlegung eines Rechtsmittels der gewiesene Weg gewesen, um dasselbe wieder zu beseitigen. ‘Aber daß auch gegen den Geschwornenspruch als solchen Appellation statthaft’, ist noch für

diese Zeit im allgemeinen zu verneinen: Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 2³ S. 980. Anderer Meinung freilich Merkel, Abhandlungen, Heft 2 S. 63 flg. Indessen der Prätor wußte sich auch ohne Appellation zu helfen. Er betrachtet das Urteil, soweit die Freiheit nicht zu ihrem Rechte gekommen, als nicht gesprochen. Es kann aufs neue geklagt werden. Selbst der bisherige Kläger wird wieder zugelassen, und zwar sine exceptione, wobei vor allen Dingen an die exceptio rei iudicatae zu denken. Daß die Urteilssumme hätte beigetrieben werden können, was Bruns als selbstverständlich ansieht, wird jedenfalls nicht gesagt; es ist nur von einem Anbieten die Rede. Daß die litis aestimatio sich wiederhole, wie Bruns ebenfalls voraussetzt, wird vom Prätor kaum erwartet sein.

Burckhard und Ubbelohde sind vor allen Dingen bemüht, sich mit Ulp. fr. 68 de rei uind. 6, 1 auseinanderzusetzen.

Den Schluß von haec sententia generalis an werde ich später betrachten, siehe unten § 44. Vorläufig beschränke ich mich auf die Behauptung, daß das Uebrige unverfälschter Ulpian. Ich bin wahrlich nicht schwierig mit Annahme von Interpolationen; aber hier tritt uns ein so reines Latein entgegen, daß ich keinen Punkt ausfindig zu machen weiß, wo ich ansetzen könnte, um eine Interpolation irgendwie zu stützen. Insonderheit weist der Ausdruck manu militari auf Ulpian hin, den die Compilatoren wegen c. 1 de off. mil. iud. 1, 46 genau genommen hätten beseitigen müssen: Bethmann-Hollweg, Handbuch, S. 332.

Man hat diese Stelle mit den Fideicommissen wie der extraordinaria cognitio in Verbindung gebracht, und ich bin früher selber dieser Ansicht gefolgt: Mora des Schuldners, Bd. 2 S. 457 flg. Allein die Stelle ist dem 51. Buche des Ulpian'schen Edictskommentares entnommen, wo Ulpian zwar die Legate, aber nicht die Fideicommisse behandelte: Lenel, Edictum, S. 294. Ferner weist uns die Stelle auf den Formularproceß hin, welcher bei den Fideicommissen versagte: Gai. 2, 278; Ulp. 25, 12. Lenel möchte der Stelle einen

andern Platz anweisen: in seinem Edictum S. 294 Anm. 3 denkt er an das 70. Buch des Edictskommentares, in seiner Palingenesie ist sie als n. 2987 dem Sabinuskommentare eingereiht. Mir kommt die Versetzung um so willkürlicher vor, als der Inhalt in den Abschnitt Si ex testamento agatur durchaus hineinpaßt. Außerdem sucht Lenel die Stelle zu verdächtigen: si quidem habeat .. non potest restituere rühre von Tribonian her; auffällig sei si quidem . . si uero . . si quidem . . si uero. Allein streicht man si quidem habeat . . non potest restituere, so wäre ein Hauptfall gar nicht erörtert. Und die angefochtene Satzverbindung — genauer si quidem . . si uero non . . si quidem . . si uero nec — entspricht einer ruhigen Gedankenentwicklung. Wie hätte sich denn Ulpian einfacher und richtiger ausdrücken sollen? Es wäre wünschenswert, wenn einmal ein Philologe sich über das Latein dieser Stelle aussprechen wollte.

So entsteht die Frage: was veranlaßte die Compilatoren dazu, eine Stelle, wo Ulpian von Legaten handelte, im Titel de rei uindicatione unterzubringen? Das verbindende Glied war offenbar das Vindicationslegat. Was Ulpian hier vorträgt, war zu seiner Zeit schon Rechtens gewesen beim Vindicationslegat.

Und diesen Rechtszustand halte ich nicht etwa für eine spätere Entwicklung. Von Alters her war der Vindicationslegatar befugt, ohne weiteres zuzugreifen. Dieser Zugreifungsbefugnis ist zwar der Prätor mit seinem Quod legatorum entgegengetreten, aber in etwas schüchterner Weise. Das Zugreifen wird durchaus nicht als verbotene Eigenmacht behandelt. Der Prätor ist lediglich bemüht, dem Erben wieder den Besitz zu verschaffen. Diesen erlangt der Erbe aber nur unter der Voraussetzung, daß er dem Legatar Sicherheit leistete: Ulp. fr. 1 § 1, 2, Paul. fr. 2 § 1 Quod leg. 43, 3; Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bd. 3 S. 140 flg.

Dem Zugreifungsrechte entspricht die alte Vindication. Es ist gar nicht zweifelhaft, oder sollte es wenigstens nicht sein, daß die auf dem Wege der legis actio zur Geltung gebrachte Vindication auf

die Sache selber ging. Hierfür spricht nicht bloß bei Gai. 4, 48 das olim, auch die für das tignum iunctum in Betracht kommenden Grundsätze weisen darauf hin. Die actio de tigno iuncto war notwendig, um in diesem Falle das Einreißen der Gebäude zu verhindern. Ulp. fr. 1 pr. de tigno iuncto 47, 3. Lex duodecim tabularum neque soluere permittit tignum furtiuum aedibus uel uineis iunctum neque uindicare; quod prouidenter lex effecit, ne uel aedificia sub hoc praetextu diruantur uel uinearum cultura turbetur.

Das Interdiktum Quod legatorum wird in den Quellen in ausdrückliche Beziehung gesetzt zum Falcidischen Viertel: c. un. Quod leg. 8, 3; Schol. Διὰ τοῦ Φαλκιδίου und Ὁ Φαλκίδιος νόμος zu Bas. 41, 2, 10. Also mag das Falcidische Gesetz für das Interdiktum Quod legatorum die nächste Veranlassung sein. Demnach hätte es vor dem Jahre 40 v. Chr. ein Quod legatorum noch nicht gegeben.

Solange nun das Zugreifungsrecht des Vindicationslegatars ungeschmälert bestand, kann man ihm kaum eine auf die Sache selber gerichtete Vindication versagt haben. Und ist es denn so undenkbar, daß eine derartige Vindication noch nach dem Quod legatorum von Bestand blieb? Die alte legis actio sacramento konnte ihm doch nicht verschlossen sein, und diese läßt sich noch bis Gellius verfolgen: N. A. 20, 10 § 1. Ich behaupte: es ist uraltes Recht, daß der Vindicationslegatar einen Anspruch auf die Sache selber hat, der ihm nie verkümmert wurde; und dieser Anspruch ist ihm auch im Formularproceße gewahrt worden. Zwar lief die formula petitoria auf eine Geldcondemnation aus, aber sie enthielt doch daneben einen Restitutionsbefehl. Ferner gehörte es zum officium iudicis, wie uns Ulpian belehrt, daß er nicht in den Sachwert verurteilen solle, solange sich die Herausgabe der Sache erzwingen ließ.

Der Fall liegt ähnlich, wie bei den Teilungsklagen. Hier haben wir adiudicatio und condemnatio. Von einem Geldurteil kann aber nur insofern die Rede sein, als die adiudicatio nicht alles ausgeglichen hatte.

Es ist noch eine zweite Stelle vorhanden, die man keineswegs auf das Damnationslegat zu beschränken braucht, und die dann auch hierher gehört, entnommen ebenfalls dem 50. Buche des Ulpian'schen Ediktskommentares: fr. 71 § 4 Leg. 1. Cum alicui poculum legatum esset uelletque heres aestimationem praestare, quia iniquum esse aiebat id separari a se, non impetrauit id a praetore.

Angesichts dieser beiden Stellen sind schon bei Salkowski, Fortsetzung von Glück, Bd. 1 S. 605 Anm. 37 Zweifel aufgetaucht gegen die Richtigkeit seiner eignen Auslegung: 'l. 71 § 4, verbunden mit l. 68 cit., würde dann auf ein Vindicationslegat zu beziehen sein und das non impetrauit a praetore wäre auf Naturalexecution zu deuten'. Aber — als wäre ein solcher Gedanke eines Romanisten unwürdig! — Salkowski fügt sofort hinzu: 'Indessen daß diese ganze Combination völlig in der Luft schwebt, wird auf den ersten Blick einleuchten'. Warum hat denn Salkowski diese Combination überhaupt auf mechanischem Wege vervielfältigen lassen?

Es giebt indes noch weitere Beispiele von Vindicationen, wo sich unter der Herrschaft des Formularprocesses der alte Anspruch auf die Sache erhalten hat.

Die petitio in seruitutem war eine wider den adsertor gerichtete actio in rem: Lenel, Ed., S. 308. In dieser Beziehung wird nun ausdrücklich gesagt, daß der siegende Kläger keine Geldabfindung anzunehmen brauchte. Pap. fr. 36 de lib. causa 40; 12. Dominus qui obtinuit, si uelit seruum suum obducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogitur.

Der Freiheitsproceß, die uindicatio in libertatem, bewegte sich ebenfalls in den Formen der formula petitoria: Maschke, Der Freiheitsproceß, S. 6 flg. Das in libertatem proclamare bezw. die proclamatio in dem Digestentitel de liberali causa 40, 12 ist interpoliert statt in libertatem uindicare bezw. uindicatio u. dgl.: Gradenwitz, Ztschr. für Rtsgesch., Bd. 27 R. A. S. 118 flg. Daß hier an eine

Geldabfindung nicht zu denken, davon war schon oben S. 338 die Rede.

Wie mag es in dem Falle ausgesehen haben, wenn jemand einen Sklaven vindicierte, den ein anderer in Besitz genommen hatte? Hierauf bezieht sich Paul. fr. 58 de rei uind. 6, 1, wo ausdrücklich die Rede von einem oportere iudicem cogere, ut eum traderet. Ferner haben schon Ribbentrop ad L. 16 § 5 D. de pign. pag. 39 und Keller, Litiscontestation, S. 218 aufmerksam darauf gemacht, daß der Restitutionsbefehl mit condemnare bezeichnet werde: also ein ipsam rem condemnare. Dieselbe Erscheinung bei Marcianus fr. 16 § 4 de pign. 20, 1: de fructibus arbitrari debet iudex, ut . . fructibus condemnet. Mit Unrecht beanstandet dieses condemnet Eisele, Ztschr. für Rtsgesch., Bd. 31 R. A. S. 4.

Sodann möchte ich hinweisen auf Pap. fr. 63 de rei uind. 6. 1. Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret, ut aduersarius actione sua cedat: cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficitur. ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuuari: nec facile audiendus erit ille, si uelit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit, restituere.

Wer dem Eigentümer den Wert der Sache ersetzen mußte, die er fahrlässigerweise verloren, kann Abtretung der Klage verlangen. Auch davon abgesehen, greift der Prätor schützend ein. Dabei wird zu denken sein an die quasi Publiciana: Pomp. fr. 70 de rei uind. Die Publiciana erforderte in der Regel, daß der Kläger schon Besitzer gewesen war. Hier soll der Besitz nach Zahlung der Abfindungssumme erst erlangt werden, daher quasi Publiciana. Der frühere Besitz konnte begreiflicherweise nicht in Betracht kommen. Hätte der Beklagte den Besitz, als er sich abfand, schon gehabt, so wäre er sofort Eigentümer geworden: Paulus fr. 46, 47 de rei uind. Das Eigentum ist beim Kläger verblieben. Nun kommt die Sache

wieder in den Besitz des Klägers. Der frühere Beklagte hat die quasi Publiciana. Eins von beiden kann der Eigentümer nur behalten: entweder den Wert oder die Sache. Man möchte meinen, dies hänge von seiner Wahl ab. Von einem freien Wahlrecht will indes Papinian nichts wissen. Er soll regelmäßig angehalten werden, die Sache selber herauszugeben.

Von der Publiciana heißt es bei Ulp. fr. 7 § 8 de Publ. 6, 2: omnia eadem erunt, quae et in rei uindicatione diximus. Insonderheit enthielt die Formel den Restitutionsbefehl, nach Lenel, Edictum, S. 132: si is homo A° A° arbitrio tuo non restituetur, quanti ea res erit, tantam pec. rel.

Papinian ist nicht geneigt, die Herausgabe der Sache dem Belieben des Beklagten anheimzugeben. Also nötigenfalls Wegnahme manu militari.

Die Publiciana war eine Nachbildung der rei uindicatio. Es steht daher nicht anzunehmen, daß Papinian vom Belieben des Beklagten hier anders dachte.

Eine andere Erklärung geht dahin, daß die cedierte Klage eventuell auch wider den Cedenten durchdringe: Bekker, Jahrbuch, Bd. 4 S. 207; Stampe, Archiv für die civ. Pr., Bd. 80 S. 402 flg. Dann hätte Papinian unmittelbar die rei uindicatio vor Augen gehabt. Aber diese Möglichkeit ist vollständig ausgeschlossen. Der Eigentümer kann doch keine Klage gegen sich selber haben, also auch nicht cedieren. Was die quasi Publiciana anbetrifft, auf die wir hier gestoßen sind, so wäre es freilich verlockend, derselben weiter nachzuspüren; doch will ich mich dabei nicht länger aufhalten.

Soviel zunächst über fr. 68 de rei uindicatione. Burckhard a. a. O. S. 226 berührt ferner Iulianus fr. 7 Ne quid in loco publ. 43, 8 und hat es mit dieser Stelle doch wohl etwas zu leicht genommen. Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificauerat, cogendus non est demoliri, ne urbs ruinis deformetur, ita qui aduersus edictum praetoris aedificauerit, tollere aedificium debet; alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit. Die Stelle

beweist allerdings, daß bei Nichtbeachtung eines prohibitorischen Interdiktes das Niederreißen verlangt werden konnte. Hierfür nicht nur das dem demoliri entsprechende ne urbs ruinis deformetur; auch beim aduersus edictum ist in erster Linie, wenn nicht ausschließlich, an das Verbot des Prätors zu denken: ne quid in loco publico fiat. Vgl. Gai. 4, 141: an aliquid aduersus praetoris edictum factum sit.

Der Ausdruck cogendus soll nach Burckhard nichts für die Naturalexecution beweisen, denn es könne lediglich damit der indirekte Zwang bezeichnet sein. Jedenfalls fehlt es auch sonst nicht an Stellen, wo cogendus auf Erzwingbarkeit einer Nichtgeldleistung deutlich genug hinweist; vgl. z. B. Paul. fr. 31 § 4 de fideicomm. lib. 40, 5: cogendus est heres redimere et manumittere. Sind ferner Naturalexecution und indirekter Zwang unversöhnliche Gegensätze? Ist der indirekte Zwang etwa gleichbedeutend mit einer Geldabschätzung? Bei den indirekten Zwangsmitteln ist das Augenmerk immer gerichtet auf die zu erzwingende Leistung, und die indirekten Zwangsmitteln können recht empfindlicher Natur sein. Selbst der heutige Civilproceß kann derselben nicht entraten: C.P.O. §§ 888—890. Dagegen bei der Geldabschätzung als solcher, sofern sie sich auf den Sachwert beschränkt, wird von vorne herein auf die Erzwingbarkeit der eigentlichen Leistung verzichtet.

Großes Gewicht legt Burckhard S. 228 auf Ulp. fr. 1 § 2 Si uentris nomine 25, 5. Necessario praetor adiecit, ut, qui per dolum uenit in possessionem, cogatur decedere: coget autem eum decedere non praetoria potestate uel manu ministrorum, sed melius et ciuilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit. Aber ist denn hier nicht ganz deutlich gesagt, daß auf dem Wege des Interdiktenverfahrens jemand ebenfalls zum Verlassen eines Hauses, einer Wohnung genötigt werden kann?

Bruns a. a. O. S. 398 nahm wenigstens an, daß der Kläger selber die Vorrichtungen beseitigen und die Unkosten in die Condemnation bringen konnte. Nicht einmal das will

Burckhard S. 234 gelten lassen. Allerdings ist die Beweisführung bei Bruns nicht in jeder Beziehung eine geschickte. Beweisend für Bruns ist meines Erachtens schon Ulp. fr. 2 § 44 Ne quid in loco publ. 43, 8. Wenn es hier heißt: condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit tolli quod actum est — so ist das Interesse vor allen Dingen von den Kosten zu verstehen, die dem Kläger das Niederreißen verursachen werde. Vgl. Paul. fr. 5 de interd. 43, 1: quantum impensae in tollendo opere erogatum sit, tanti condemnet . . in tantum condemnet, in quantum iudex aestimauerit, atque si ipse fecisset. Bei Ulp. Iul. fr. 13 § 7 Quod ui aut clam 43, 24 handelt es sich um Wiederaufrichtung eines streitigen Baumes, den ein Pächter umgehauen hatte: si quidem iussu domini id factum sit, ambo tenebuntur, non ut patientiam praestent, sed ut impensam quoque ad restituendum praebeant: si autem dominus non iusserit, colonus quidem tenebitur, ut patientiam et impensam praestet.

Auch nicht das patientiam solam praestare debere bei Ulp. fr. 2 § 43 Ne quid in loco publ. 43, 8 soll nach Burckhard S. 236 unmittelbar erzwungen sein. Nun wird hier ausgeführt: restituere uidetur, qui in pristinum statum reducit. Unter Umständen genügt, wenn der Beklagte bloß dulde, daß der Kläger auf eigene Kosten wegreiße. Diese Duldung ist ebenso wie in fr. 13 § 7 Quod ui aut clam doch gar nicht anders, als in ihrer natürlichen Bedeutung zu verstehen; aber Burckhard bringt auch hier sein Geldurteil zur Anwendung.

Burckhard beruft sich Bruns gegenüber auf Venuleius libro primo edictorum fr. 52 § 2 [de adq. uel am. poss. 41, 2. Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti uim fieri: statim enim cedere aduersarium et uacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere. Schmidt, Interdiktenverfahren, S. 72 bezieht die Stelle auf den Unterschied von prohibitorischen und restitutorischen Interdikten. Bei pro-

hibitorischen Interdikten kann man sich die Sache selber nehmen. Und wer in der Lage, sich selber zu helfen, ist besser daran als derjenige, welcher warten muß, bis ein anderer sich zur Leistung entschließt. Mit dieser Erklärung kann man sich schon allenfalls zufrieden geben.

Einen besseren Gegensatz erhalten wir wohl noch, wenn wir die species inducendi als Ausfluß der praetoria potestas bezw. der manus ministrorum betrachten und beim restituere an das gewöhnliche Interdiktenverfahren denken: Ulp. fr. 1 § 2 Si uentris nomine 25, 5; fr. 3 pr. Ne uis fiat ei 43, 4. Statt restituere wird übrigens zu lesen sein restituere iubere.

Nach Pflüger, Besitzklagen, S. 86 soll Venulejus das Uti possidetis mit dem Unde ui vergleichen. Dagegen Ubbelohde in Fortſ. von Glück, Bd. 5 S. 399 flg., der selber anknüpfen möchte an Gai. 4, 166: in possessione constituitur.

Vom Standpunkte Burckhard's, der ausnahmslos das Geldurteil eintreten läßt, ist die Stelle kaum zu verstehen; wir bekommen dann die Gleichung: Geldurteil = Geldurteil. Diesen Einwand hat sich schon Wendt, Faustrecht, S. 254, gemacht. Er läßt 'unter Umständen eine unmittelbare Bethätigung des imperium nötig oder wünschenswert erscheinen.' Damit haben wir wieder die Unbestimmtheit von Leist und Keller. Selbsthülfe und Geldurteil einander gegenüberzustellen, geht ebenfalls nicht an: denn dann würden wir zwei ungleichartige Dinge mit einander vergleichen. Zudem ist von einem Geldurteil gar keine Rede, sondern nur von einem restituere.

Die ganze Untersuchung ist von Burckhard geführt, um für sein interdictum demolitorium eine sichere Grundlage zu gewinnen. Da nach Burckhard 'das Prinzip der condemnatio pecuniaria ein ausnahmsloses ist, so kann selbstverständlich beim interdictum demolitorium nichts anderes gelten'.

Hier liegt zunächst ein Fehlschluß vor. Gesetzt die Be-

weisführung Burckhard's wäre in allen Punkten zutreffend und gar nicht zu beanstanden, so hat er sich doch nur mit einzelnen Beispielen beschäftigt; demnach nur dargethan: einzelne s sind p; nicht: alle s sind p. Mithin bliebe die Frage wegen des interdictum demolitorium noch immer eine offene.

Aber von seinem allgemeinen Standpunkte aus glaubt Burckhard sich um Stellen nicht kümmern zu brauchen, wie Ulp. fr. 20 § 1, fr. 21 § 1 de op. noui nunt. 39, 1. In der einen heißt es: qui igitur facit, etsi ius faciendi habuit, tamen contra interdictum praetoris facere uidetur et ideo hoc destruere cogitur; in der andern: antequam enim caueat quidquid aedificauerit, interdicto restitutorio destruere compellitur. Mich dünkt, die Verpflichtung des Bauenden zum Niederreißen ist deutlich genug zum Ausdruck gebracht.

Außerdem mag hingewiesen sein auf Ulp. fr. 3 § 2 de op. noui nunt. 39, 1. Quodsi socius meus in communi insula opus nouum faciat et ego propriam habeam, cui nocetur, an opus nouum nuntiare ei possum? et putat Labeo non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est uel per praetorem uel per arbitrum communi diuidundo: quae sententia uera est. Dem Nachbarn und Miteigentümer ist es offenbar darum zu thun, den Bau zu verhindern. Die operis noui nuntiatio wird ihm deshalb versagt, weil ihm als Miteigentümer andere Wege zu Gebote stehen. Mit per praetorem wird auf das Uti possidetis hingewiesen sein: Ulp. fr. 12 Comm. diu. 10, 3. Man vergleiche ferner Pap. fr. 28 Comm. diu. 10, 3: sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit . . . quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit tunc etiam tollere cogitur. Der Miteigentümer hat dem andern gegenüber ein Verbietungsrecht. Dies muß beachtet werden. Baut ein Miteigentümer gegen Verbot des andern, so kann dieser

Niederreißen des Baues verlangen. Baut er in Abwesenheit des andern, so war ein Verbot gar nicht erforderlich.

Der Kern der Begründung, weshalb einem Miteigentümer die o. n. n. versagt wird, ist also darin zu suchen: daß ein Miteigentümer schon als solcher in der Lage ist, sein Verbot unmittelbar zu erzwingen. Auch in anderer Beziehung kann ja ein Miteigentümer nicht wider seinen Willen in Geld abgefunden werden, z. B. soweit ihm die adiudicatio zur Seite steht. Wegen der bisherigen Erklärungen siehe Burckhard a. a. O. S. 95 flg.

Der Bau kann seinen Fortgang nehmen, wenn der Bauende unter Sicherheitsleistung ein Versprechen abgiebt. Nach der herrschenden Ansicht, für welche Lenel, Ed., S. 431, eintritt, lautet dieses Versprechen auf restitui boni uiri arbitratu oder quanti ea res erit. Nach Ubbelohde, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, N. F. Bd. 18 S. 101 flg. soll es zwei verschiedene Formulare gegeben haben. Burckhard S. 434 nimmt ein Versprechen an, das lediglich ein restituere zum Gegenstand hatte.

Ich will mich bei dieser Frage nicht weiter aufhalten. Mir genügt das Wahlrecht des Klägers, wie es sich ergiebt aus Ulp. fr. 21 § 4 de op. noui nunt. 39, 1. Siue autem res iudicetur siue res non defendatur, stipulatio in id committitur, ut res uiri boni arbitratu restituatur: quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc petitori placuerit. In erster Linie ist der frühere Zustand wieder herzustellen, wie es der uir bonus vorschreibt. Kommt der Nachbar diesem Befehle nicht nach, so wird das Niederreißen zwangsweise besorgt. Es soll indessen dem Kläger gestattet sein, statt dessen sein Interesse geltend zu machen.

Ein solches Wahlrecht kann Burckhard nicht gebrauchen. Er deutelt an dem ita herum: S. 442, 443. Das ita soll sich beschränken auf teilweisen Ungehorsam. Eine solche Auffassung entspricht weder den Worten noch der Sachlage. Was bei teilweisem Ungehorsam, muß umsomehr bei vollständigem

Ungehorsam Rechtens sein. Und mit solcher Deutelei ist auch das Wahlrecht nur eingeschränkt, nicht beseitigt. Burckhard sagt selber: 'der Kläger kann sich in Geld abfinden lassen, aber er braucht es nicht'.

Mit diesem Satze, daß die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu erzwingen war, hängt zusammen, daß man die Verpflichtung als eine unteilbare auffaßte: Paul. fr. 2 § 1 de stip. praet. 46, 5, fr. 4 § 2 de uerb. obl. 45, 1.

Burckhard S. 224 giebt selber zu: bei der operis noui nuntiatio liege der Gedanke nahe, 'es müsse die wirkliche Beseitigung des opus haben erreicht werden können'. In der That wäre schwer zu begreifen, wie die Römer mit einem Bauverbote sollten fertig geworden sein, an das sich, wer es sich nur Geld kosten lassen wollte, nicht zu kehren brauchte. Schon in alter Zeit hätte ein solcher Zustand sich als unerträglich erweisen müssen: Karlowa, Röm. Civilproceß, S. 105 flg. Und wie man in alter Zeit das gegen Verbot Gebaute wieder niederriß, wird man unter der Herrschaft des Formularprocesses nicht andern Sinnes geworden sein.

Ich nahm meinen Ausgang von den possessorischen Interdikten. Ihr Zweck war meines Erachtens, die Sachleistung zu erzwingen; sie bilden einen Gegensatz zu den auf Geld gerichteten Klagen.

Die Untersuchung führte zu der weiteren Frage: in welchem Umfange war die Sachleistung nach klassischem Rechte erzwingbar? Es ist das ein Punkt, der hier nur berührt, nicht erledigt werden konnte. Die herrschende Ansicht räumt dem Geldurteil ein viel zu weites Gebiet ein. Schon die einfachsten praktischen Erwägungen zeigen die Unhaltbarkeit dieser Auffassung.

Man hat sich täuschen lassen durch Gai. 4, 48. Wenn Gajus sagt, daß bei allen Formeln, die eine condemnatio haben, die condemnatio auf Geld gerichtet sei, so ist damit nicht der mindeste Anhalt gegeben für die Voraussetzungen, unter denen diese condemnatio eintrat.

Ich mußte mich auf Einzelheiten beschränken. Bei Hartmann-Ubbelohde, Römische Gerichtsverfassung, S. 507 flg. findet sich eine Zusammenstellung teils für direkten, teils für indirekten Zwang. Aber weder diese Zusammenstellung, noch was von mir berücksichtigt worden, erschöpft die Sache. Es giebt außerdem eine ganze Anzahl von Stellen, die hier in Betracht kämen. Anderswo — Präscriptio und Pactum, S. 29 flg. — habe ich bereits darauf hingewiesen: daß die Klage mit vorgeschriebenen Worten sich sehr wohl dazu eignete, die Grundlage zur Erzwingung einer Nichtgeldleistung abzugeben, und daß sie in dieser Weise benutzt wurde. Ich komme hierauf wieder zu sprechen bei der condictio possessionis unten § 45. Sodann bemerkte ich Soc. publ. Bd. 1 S. 384 hinsichtlich der Pollicitatio, daß bei Bauten weder das Urteil noch die Zwangsvollstreckung in erster Linie auf Geld gingen.

Es ist für das Verständnis des römischen Rechtes von großer Wichtigkeit, genau die Fälle festzustellen, in denen die Sachleistung erzwungen werden konnte. Ich habe diese Arbeit hier nicht einmal für die possessorischen Interdikte zu Ende führen können. Zu diesem Zwecke hätte jedes einzelne possessorische Interdikt näher betrachtet werden müssen.

Savigny, Recht des Besitzes, § 35 behauptet von den interdicta adipiscendae possessionis: sie hätten weder etwas gemein mit den interdicta retinendae et recuperandae possessionis, noch unter einander etwas gemein, 'welches sich leicht durch eine Aufzählung derselben zeigen läßt, und auch schon daraus erhellt, daß sie an so ganz verschiedenen Stellen der Quellen abgehandelt werden'.

Was die interdicta adipiscendae possessionis nicht bloß mit den andern possessorischen Interdikten, sondern auch unter einander zusammenhält, ist der Zweck, auf den sie gerichtet sind. Das Quorum bonorum verwirklichte den Besitzesanspruch, die hereditatis petitio nötigte nur zu einer Geldzahlung. Dasselbe Verhältnis waltet ob zwischen Saluianum und actio Seruiana.

Diesen Punkt hat Savigny sich gar nicht klar gemacht.

und den großen Gegensatz ganz verkannt, der zwischen heutigem und römischem Rechte vorhanden. Der Besitz als Zweck könne nach Savigny bei den meisten Klagen vorkommen und nicht vorkommen, was offenbar ganz zufällig. 'So z. B. ist der eigentliche Zweck der actio pigneraticia die Restitution des Besitzes, derselbe Zweck ist bei der actio empti und locati und bei unzähligen andern Klagen möglich.'

Savigny verwechselt hier die römische actio mit der heutigen Klage. Durch die actio pigneraticia konnte der Beklagte in Rom nur zu einer Geldleistung gezwungen werden. Dasselbe trifft zu für die actio empti und locati wie unzählige andere Klagen.

Der heutige Käufer steht freilich anders da: er kann klagen auf Uebergabe der Sache. Der Mieter kann klagen auf Einräumung der Wohnung. Vom römischen Standpunkte aus läßt sich dieser Gegensatz so ausdrücken: Käufer und Mieter sind heutzutage ausgerüstet mit einem interdictum adipiscendae possessionis. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn ich jemand versprochen habe, ihm ein Buch zu leihen: siehe oben § 18 Nr. I, 7 S. 137. In allen diesen Fällen wäre freilich das interdictum adipiscendae possessionis nur gegen eine bestimmte Person gerichtet: den Verkäufer, Vermieter, Verleiher. Das steht aber mit dem Begriffe eines possessorischen Interdiktes nicht in Widerspruch. So hatte der römische Mieter ein interdictum de migrando gegen den Vermieter, bezw. dessen Erben: fr. 1 pr. § 6 de migrando 43, 32.

Damit schließe ich die allgemeinen Erörterungen. Den interdicta retinendae possessionis und Unde ui, sowie der Besitzeskondiktion soll noch eine besondere Betrachtung zu Teil werden.

b) Einzelne Besitzesklagen.

α) § 43. Interdicta retinendae possessionis.

Das Uti possidetis wie Utrubi wurden von den Römern benutzt, um für einen bevorstehenden Eigentumsstreit die Parteirollen festzustellen. Es waren Besitzerhaltungsklagen, die man

als Vorbereitungsklagen für einen Eigentumsstreit verwendete. Diese Besitzerhaltungsklagen sind in erster Linie so zu denken, daß der ganze Besitz bestritten wurde. Daneben diente das Uti possidetis zur Beseitigung von Besitzstörungen. Aber die Vorbereitungsklage tritt in den Vordergrund. Gajus und die einzige Stelle im Codextitel 8, 6 nehmen nur auf sie Rücksicht. Im Digestentitel 43, 17 wird wenigstens damit begonnen, die Besitzstörungen kommen im fr. 3 an die Reihe.

Die Vorbereitungsklage fordert auf zu einem Vergleich mit der alten rei uindicatio: Gai. 4, 16. Es mußten bei letzterer zugegen sein Kläger, Beklagter und die Sache. Kläger: hunc ego hominem, fundum, ex iure Quiritium meum esse aio. Das hunc weist hin auf Gegenwart der Sache — Pflüger, Besitzklagen, S. 101; Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 602 — die für Grundstücke ursprünglich ebenfalls erfordert wurde, Gell. N. A. 20, 10 § 8. Berühren der Sache mit dem Stabe: ecce tibi uindictam inposui. Der Vindication entsprach eine Contravindication. Also wiederum: hunc ego hominem, fundum, ex iure Quiritium meum esse aio, ecce tibi uindictam inposui. Vindicare und contra uindicare zusammen ist das Handgemeinwerden vor dem Prätor: in iure manum conserere. Friedensbefehl des Prätors: mittite ambo hominem.

Der Prätor setzt fest, wer für die Dauer des Rechtsstreites den Besitz der Sache haben soll: secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat. Wer den Besitz erhielt, hatte für den Fall des Unterliegens dem andern Sicherheit zu leisten: praeuides aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum. Das handschriftliche praesides ist durch praeuides zu ersetzen.

Da beide Eigentum behaupten mußten, wird auch beiden der desfallsige Beweis obgelegen haben: in diesem Sinne iudicium duplex. Sieger, wer den besseren Beweis erbrachte. Wir haben uns die alte rei uindicatio vorzustellen als eine Klage des relativ besseren Rechtes. Spuren dieser Auffassung

noch später bei der gregis uindicatio: Ulp. fr. 1 § 3, Paul. fr. 2, Ulp. fr. 3 pr. de rei uind. 6, 1. Der Begriff des absoluten Eigentums ist der alten Zeit ferne zu halten.

Der Sieger hatte Anspruch auf die Sache selber: siehe oben § 42 S. 340. Unterlag derjenige, dem die Vindicien zugesprochen waren, so mußte er den Gegner wegen der Früchte entschädigen. Arbitrium auf den doppelten Wert der Früchte. Vgl. Festus Wort Vindiciae M. 376, Th. 574: arbitros tris dato . . fructus duplione damnum decidito.

Beim Uti possidetis und Utrubi wird dem Prätor die Besitzregulierung aus der Hand genommen, insofern fand statt eine Erleichterung seiner Geschäftslast. Andererseits leuchtet ein: war auf diese Weise über den Besitz entschieden, so konnte nicht noch einmal über die Vindicien gestritten werden. Insofern hätte das Verfahren mittelst legis actio per uindicationem eine Aenderung erleiden müssen. Wir wissen aber nichts von einer derartigen Vindication ohne Vindicien. Wohl aber wissen wir von einer neuen Eigentumsklage, der actio in rem per sponsionem. Diese lehnt sich an die Besitzregulierung mittelst Interdikte. Die neue Eigentumsklage bezw. die neue Besitzregulierung und die alte Vindication schließen sich gegenseitig aus. Cic. de oratore 1, 10 § 41: qui aut interdicto tecum contenderent aut te ex iure manum consertum uocarent. Siehe Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 634 flg. nach O. E. Hartmann.

Die alte Vindication ist ersetzt und schließlich ganz verdrängt worden durch die formula petitoria: Ubbelohde a. a. O. Bd. 5 S. 649. Diese griff auch in solchen Fällen Platz, wo die interdicta retinendae possessionis ausgeschlossen waren, z. B. bei Vindication einer Herde, an der ein Besitz nicht möglich: Pomp. fr. 30 § 2 de usurp. 41, 3. Ferner wird bei Grenzstreitigkeiten die Ermittelung des Besitzes oft Schwierigkeiten bereitet haben. Front. de contro. agr. lib. II pag. 44 Z. 4 flg.: de loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet . . si uero possessio minus firma est, mutata formula iure Quiritium peti

debet proprietas loci. Auch insofern lehnt sich die formula petitoria an die alte Vindication, als die Sachleistung unter Umständen erzwungen werden konnte, wovon schon im vorigen Paragraph die Rede: siehe oben S. 341 flg. Dagegen war sie ein iudicium simplex wie die Sponsionsklage, die ihr schließlich ebenfalls weichen mußte.

Uti possidetis und Utrubi bereiten vor die actio in rem per sponsionem. Bei dieser Klage hat nur der Kläger sein Eigentum zu beweisen. Der Beklagte beschränkt sich darauf, das Eigentum des Klägers zu leugnen. Gelingt dem Kläger sein Beweis nicht, so siegt der Beklagte. Es beginnt sich zu bilden der Begriff des absoluten Eigentums. Aber freilich ist dieses absolute Eigentum zunächst nichts anderes als eine Geldforderung. Der Sieger im Uti possidetis kann vielleicht nie, jedenfalls regelmäßig nicht genötigt werden, seinen Besitz aufzugeben; er ist berechtigt, denjenigen, der mittelst actio in rem per sponsionem den Sieg davontrug, in Geld abzufinden.

Von diesen Besitzesinterdikten sagt Gai. 4, 148. Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controuersia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt Uti Possidetis et Utrubi. Im comparata sunt liegt doch wohl, daß es diese Interdikte früher nicht gegeben: Bruns, Besitzklagen, S. 20.

An den Worten comparata sunt ist viel herumgedeutelt, weil man sich mit dem Gedanken nicht vertraut machen konnte, daß der Einführungsgrund der gewesen: die Parteirollen für den Eigentumsstreit festzustellen. Von diesem Fehler hat sich Ubbelohde, Fortſ., Bd. 5 S. 625 flg. frei gehalten; ich fürchte aber, daß dafür andere begangen sind. Die res, cuius gratia das Uti possidetis und das Utrubi comparata sunt, soll nach Ubbelohde die retinendae possessionis causa sein. Dann hätte man doch wohl erwartet, daß das cuius rei gratia comparata sunt der retinendae possessionis causa wäre etwas näher gerückt worden. Und selbst unter

dieser Voraussetzung möchte angesichts des übrigen Inhalts kaum etwas gewonnen sein. Der mit cuius rei gratia eingefügte Satz lehnt sich an den ganzen voraufgehenden Gedanken Retinendae . . debeat. Die Besitzerhaltungsklage wird gegeben, wenn die Rollen im Eigentumsstreit festzustellen; deswegen sind die Interdikte Uti possidetis und Utrubi bereitet worden.

Derselbe Gedanke kehrt wieder § 4 de interd. 4, 15. Darin erblickt freilich Ubbelohde nichts als eine kritiklose Umarbeitung ohne jede Bedeutnng. Aber es liegt hier jedenfalls ein Zeugnis vor, wie man Gajus später verstanden, und wie er meines Erachtens nur verstanden werden kann.

Ubbelohde meint, es könne gar nicht zweifelhaft sein: daß die interdicta retinendae possessionis auch da stattfinden, wo der Gedanke an einen Eigentumsanspruch völlig ausgeschlossen. Das ist richtig, damit indes noch kein Gegenbeweis erbracht. Wir haben zu unterscheiden zwischen dem Einführungsgrunde und dem Zwecke, dem das neue Mittel dienen konnte, wie schon von Bruns hervorgehoben. Wenn bei einer neuen Einrichtung lediglich der Zweck a ins Auge gefaßt wurde, es sich dann herausstellt, daß mittelst dieser neuen Einrichtung sich auch die Zwecke b, c, d erreichen lassen, so bleibt darum doch immer der Zweck a der alleinige Einführungsgrund.

Nehmen wir die Ueberlieferung hin, wie sie uns überkommen, ohne etwas hinzuzufügen oder wegzuthun; es ist kaum glaublich, daß sie reine Erfindung sein sollte. Die Interdikte Uti possidetis und Utrubi sind eingeführt, um für den Eigentumsstreit festzustellen, wer als Beklagter besitzen, wer als Kläger fordern solle. Bei diesem Eigentumsstreit kann nicht an die alte Vindication gedacht sein. Uti possidetis und Utrubi haben die Sponsionsklage bereits zur Voraussetzung.

Also muß die actio in rem per sponsionem spätestens gleichzeitig mit dem Uti possidetis entstanden sein. Erinnern wir uns aber an die römische Sitte des sponsione prouocare

— Keller Röm. Civilproz.[6] § 26 — so wird es wahrscheinlicher, daß die actio in rem per sponsionem zurückgeht auf Parteienvereinbarung. Der Prätor, welcher das Uti possidetis geschaffen, wird die actio in rem per sponsionem schon vorgefunden haben.

Der Klagenwollende fragte den Zubelangenden Si fundus, homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummorum dare spondes? Der sponsio schloß sich an eine pro praede litis uindiciarum stipulatio. Gai. 4, 93. 94.

Dabei gilt als selbstverständlich, daß der Klagenwollende den Zubelangenden als Besitzer anerkannte. Noch später wird uns von derartigen Vereinbarungen berichtet. Ulp. fr. 1 § 3 Uti poss. 43, 17.

Die Lage eines Beklagten der Sponsionsklage gegenüber war weit günstiger als die eines Contravindicanten im alten Processe. So mochte mancher Besitzer den Wunsch hegen, lieber auf neue Weise belangt zu werden. Das blieb indes zunächst dem Ermessen des Klägers anheimgegeben.

Hier greift der römische Prätor ein. Wer dem Klagenwollenden gegenüber fehlerfreien Besitz ausübt, kann diesen zum Sponsionsverfahren nötigen. Das ist die ursprüngliche Bedeutung der interdicta retinendae possessionis.

Ich halte es nicht für wahrscheinlich, daß das Uti possidetis von vorne herein als Besitzstörungsklage benutzt wurde. Derselben Ansicht Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2 S. 327. Die alte Besitzstörungsklage der Römer war meines Erachtens das Interdiktum Quod ui aut clam. Bemerkenswert, daß sich der colonus hier als Besitzer behauptete. Ulp. fr. 11 § 12 Quod ui aut clam 43, 24: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non uenit. Siehe oben § 18 Z. I, 5 S. 118. Ebenso hat der Prekarist, nicht der Käufer vor der Uebergabe dieses Interdictum. Auch in anderer Richtung zeigt sich hier ein gewisser Stillstand in der Entwicklung: nur diejenige Störung wurde von diesem Interdikte getroffen, die sich in einem opus darstellte. Ulp. fr. 1 § 4 daselbst:

hoc interdictum ad ea sola opera pertinet, quaecumque in solo ui aut clam fiunt.

Das Uti possidetis hingegen hat sich zu einer Störungsklage entwickelt, die in weiterem Umfange gegen eine Hinderung im Gebrauche der besessenen Sache gerichtet war. Venuleius fr. 52 § 1 de adq. uel am. poss. 41, 2: eum, qui aedificare prohibeatur, possidere quoque prohiberi manifestum est. Ulp. fr. 3 § 2 Uti poss. 43, 17: qui aedificare in suo prohibetur. § 3: cum inquilinus dominum aedes reficere uolentem prohiberet. § 4: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius. Pomponius fr. 11 Unde ui 43, 16: uim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, siue inserendo siue fodiendo siue arando siue quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem aduersarii non relinquit. Belästigung durch Rauch. Ulp. fr. 8 § 5 Si seru. uind. 8, 5: sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter uelit, suo uti.

Die Verwendung des Utrubi als Störungsklage ist nicht nachweisbar: Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 613, 614.

Das Uti possidetis griff Platz nicht bloß wegen des ganzen Grundstückes, sondern auch wegen eines beliebigen Teiles, eines locus. Frontinus de contr. Lachm. pag. 44 lin. 4, 5: de loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet. Dabei ist ursprünglich nur an praedia rustica zu denken. Aber schon Labeo befürwortete die Ausdehnung dieses Interdiktes auf aedes. Ulp. fr. 60 § 1 de uerb. sign. 50, 16: loci appellationem non solum ad rustica, uerum ad urbana quoque praedia pertinere Labeo scribit. Ulp. fr. 3 § 5 Uti poss. 43, 17. Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo: interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur. Das si eum .. tegetur sieht freilich wie eine Einrede aus, zwischen mecum und si muß etwas ausgefallen sein. Es fehlt das eigentliche

Interdikt, zu dem die Einrede in Beziehung steht; und es ist anzunehmen, daß auch beim locus das Interdikt mit Ut possidetis begann, vgl. den voraufgehenden § 4: aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco. Dazu kommt eine andere Lücke: die mit an eingeleitete Frage setzt eine Vorfrage voraus, von der ebenfalls nichts zu finden. Vielleicht ist so zu ergänzen: interdicis mecum 'uti nunc possidetis eas aedes'. utrum a praetore exceptio impetranda erit) si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur'; an rell. Pflüger, Besitzklagen, S. 223 glaubt den Text halten zu können, indem er 'höhnende Fragen' annimmt. Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 464 liest sic: Uti statt si und verwandelt tegetur in tegitur. Aber tegetur bestätigt nur die schon durch si angedeutete Einrede, da sich hier das Futurum auch sonst findet. Ulp. fr. 1 § 6 ne quid in flum. publ. 43, 13: quod eius ripae muniendae causa non fiet. Vgl. zu dieser Stelle Huschke, Ztschr. für gesch. Rtsw., Bd. 13 S. 322 A. 64; Schmidt, Inderdictenverfahren, S. 104; Lenel, Ed., S. 369 A. 9; Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 1 S. 473.

Der Fall ist dieser. Ein Vorbau ruht auf dem Gebäude des Nachbarn. Einen solchen Vorbau kann der Nachbar nicht ohne weiteres durch ein Uti possidetis beseitigen. Labeo ist aber darüber in Zweifel, wie sich die Sache processualisch am einfachsten gestalten läßt. Will der Gegner eine Einrede zu erwirken suchen, oder mit einem selbständigen Interdikte zuvorkommen? Im einen Falle erhalten wir folgendes Interdikt.

> Uti nunc possidetis eas aedes, quibus de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero, si non eum locum possideatis, qui proiecto tegetur, quo minus ita possideatis, uim fieri ueto.

Das andere Interdikt würde etwa gelautet haben.

> Uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est, quo de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero, quo minus ita possideatis, uim fieri ueto.

Demnach wäre eine Beschränkung auf den locus nicht bloß vom Belieben des Klägers abhängig gewesen, sondern hätte sich schon zu Labeos Zeiten auf dem Wege der Einrede erreichen lassen.

Gerade dieses Interdiktum wegen eines bloßen locus scheint dahin geführt zu haben, das Uti possidetis als einfache Besitzstörungsklage zu benutzen. Ulp. fr. 3 § 4 Uti poss. 43, 17: aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco, quo radices continentur uitium.

Für diesen späteren Anbau spricht noch der Umstand, daß mit dem Uti possidetis wegen bloßer Besitzstörung kein Schadensersatz gefordert werden konnte. Das quanti res erit bei Ulp. fr. 1 pr. Uti poss. 43, 17 = Lenel n. 1536 und das quanti res erit bei Ulp. fr. 3 § 11 ebendaselbst = Lenel n. 1542 bezog sich ursprünglich auf die Sponsionen. Das Quod ui aut clam ging auf Schadensersatz: Ulp. fr. 15 §§ 7—9. 12 Quod u. a. c. 43, 24.

Ubbelohde in Glück's Forts. Bd. 5 S. 455 flg. nimmt ebenfalls an, 'daß die Einführung des Uti possidetis mindestens nicht vorwiegend die Zurückweisung bloßer Eingriffe in den klägerischen Besitz bezweckte'. Aber seine Beweisführung ist eine sehr künstliche. Erst mit der Aufstellung des secundarium prohibitorium soll das Recht des Besitzes zu seiner vollen Entfaltung gelangt sein. Die Einsicht,, daß das Uti possidetis im Stande sei, bloße Eingriffe zuückzuweisen, 'bot sich ganz von selbst, sobald nur einmal ein thatsächlich nicht besitzender Impetrant sogleich nach Erlaß des interdictum duplex erklärte, er erhebe seinerseits keinen Anspruch darauf, als Besitzer zu gelten, und es damit ohne weiteres gewiß geworden war, daß er die cetera ex interdicto nicht vornehmen werde: hier war jedes quaerere, uter possideat, von vorneherein ausgeschlossen; die gesammte Verhandlung drehte sich einfach um ein Verbot künftiger Störung des klägerischen Besitzes.'

Meines Erachtens ist das secundarium nichts anderes als ein Abglanz des Hauptrechtsmittels: mit dem secundarium sollte dasselbe erreicht werden, wie mit dem alten Uti possi-

detis. Wer im durchgeführten Uti possidetis den Sieg davongetragen, muß doch seinem besiegten Gegner gegenüber Anspruch darauf gehabt haben, uim illi possidenti ne faciat. Nun setze man weiter folgenden Fall: A bittet dem N gegenüber um ein Uti possidetis, N getraut sich nicht, seine Besitzesbehauptung aufrecht zu erhalten. Es kommt also nicht zu einem interdictum reddere. Als beide vom Prätor wieder fort sind, beginnen die Besitzstörungen des N aufs neue. Sollte es einem römischen Prätor wohl an Mitteln gefehlt haben, einen Störenfried zur Vernunft zu bringen, der den Besitz des andern bereits anerkannt hatte?

Zudem trifft nicht für jeden Besitzstörer zu: 'er erhebe seinerseits keinen Anspruch darauf, als Besitzer zu gelten.' Ubbelohde verweist auf Ulp. 3 § 2 Uti poss. 43, 17. Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: etenim uideris mihi possessionis controuersiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. Aber gerade hier haben wir einen Gegner vor uns, der in einem gewissen Umfange Besitzesbefugnisse zur Geltung bringen will.

Das Uti possidetis ist meines Erachtens nicht eingeführt, um den Besitzstörungen zu begegnen; gleichwohl war die Besitzstörungsklage in demselben schon keimartig mit enthalten.

Ueber das Verfahren beim Uti possidetis hat uns Gajus näher unterrichtet. Beiden Teilen wurde der gleiche Beweis auferlegt. Gai. 4, 167: si non probat ad se pertinere possessionem und § 168: si non probauerit ad se pertinere possessionem. Die Duplicität der alten rei uindicatio ist verlegt in die interdicta retinendae possessionis. Die auf diese Interdikte folgende Eigentumsklage ist ein iudicium simplex. Gai. 4, 160. Ideo autem duplicia uocantur, quippe scilicet (p)ar utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus uel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei qnam actoris partes sustinet. § 4 de interdictis 4, 15: commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si

modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio.

Die Möglichkeit, daß keiner von beiden Beweis erbringt, ist bei Gajus nicht berücksichtigt. Im Falle der eine nicht bewiesen hat, wird der Beweis des andern von ihm stillschweigend vorausgesetzt.

Die Fassung des Interdiktes bei Festus Wort Possessio M. 232, Th. 292: Uti nunc possidetis eum fundum q. d. a., quod nec ui nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. aduersus ea uim fieri ueto. Bei Ulp. fr. 1 pr. Uti possidetis 43, 17: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, uim fieri ueto. Bei Gai. 4, 160 heißt es: Uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis, uim fieri ueto. Freilich ist der ganze Schlußsatz von Quippe praetor an verdächtig: siehe oben S. 29. Er wird nach Gajus hinzugefügt sein. Das braucht uns hier aber nicht weiter zu kümmern.

Ein Uti eum fundum wird es zu Ulpian's Zeiten ebenfalls gegeben haben: Lenel, Ed., S. 378. Die Hauptabweichung zwischen Ulpian und den andern beiden Ueberlieferungen besteht in der Hinzufügung des nunc. Ich erkläre mir diese Abweichung auf folgende Weise.

Im Album des Prätors hätte das nunc gar keinen Sinn gehabt. Was bisher nicht beachtet worden, vgl. neuerdings wieder Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 358 flg. Das Uti possidetis weist hier vor allen Dingen auf die Zukunft hin: wie ihr besitzt, bezw. besitzen werdet. Das Präsens in der Bedeutung des Futurums: Beispiele für diesen Sprachgebrauch Ramshorn, Lat. Gramm., § 164, 2[c]. Ich kann Schmidt, Interdiktenverfahren, S. 77 nicht zugeben, daß zwischen der Fassung Uti nunc possidetis und der andern Uti possidetis kein Unterschied vorhanden. Bei Festus steht das Interdiktum in Frage, wie es für den einzelnen Fall erbeten wurde: ad interdictum uenit, ut praetor his uerbis utatur. Ebenso verhält es sich mit Gajus: quippe praetor

pari sermone cum utro usque loquitur. Vgl. ferner Ulp. fr. 3 § 6 Uti poss. 43, 17: interdico tecum sic 'uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est'.

Das Interdikt im einzelnen Falle hatte also insofern eine andere Fassung. Das nunc weist hier hin auf den Zeitpunkt des interdictum reddere. Gai. 4, 150. Et si quidem de fundo uel aedibus interdicitur, eum potiorem esse praetor iubet, qui eo tempore quo interdictum redditur nec ui nec clam nec precario ab aduersario possideat.

Dem reddere interdictum ging vorauf ein edere edictum. Das redditum interdictum brachte das Verfahren vor dem Prätor zunächst zum Abschluß. Die Eingehung der Sponsionen und Restipulationen erfolgte im rerum actus. Vgl. Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 2 S. 59 flg.

Sponsio und Restipulatio setzten eine Gewaltthat voraus, die interdicto reddito vorgenommen wurde. Gai. 4, 170: qui cetera ex interdicto non facit, ueluti qui uim non faciat. Die Ausdrucksweise läßt darauf schließen, daß die Person, welcher die Gewaltthat oblag, feststand. Vermutlich war es der Nichtbesitzer.

Hier stoßen wir auf einen Unterschied zwischen der Vorbereitungsklage und derjenigen Klage, die in der That auf Beseitigung einer Störung gerichtet war. Im letztern Falle mußte selbstverständlich die Störung dem Erlaß des Interdiktes vorausgehen. Beispiele solcher Störungen siehe oben S. 358.

Wo es sich um eine wirkliche Störung handelte, wird der Gegner nach Erlaß des Verbotes häufig die Störung unterlassen, den störenden Zustand beseitigt haben. Dann war zu einem weitern Streitverfahren keine Veranlassung vorhanden. Vgl. Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 2 S. 85. Also bedang der Fortgang des Verfahrens eine Wiederholung der Störung.

Diese zweite Gewaltthat finden wir bei der Vorbereitungsklage. Die erste Gewaltthat ist nicht erforderlich. Man hätte sich auch die Gewaltthat nach Erlaß des Interdiktes sparen können. Dann hätten wir insoweit die reine Feststellungsklage

mit folgendem Auftrag an den Richter: untersuche, ob der eine dem andern gegenüber fehlerfrei besitzt. Dazu hat man sich nicht entschlossen. Die reine Feststellungsklage hat sich bei den Römern überhaupt kein weites Gebiet erobert.

Auf die Gewaltthat folgte die Fruchtversteigerung, fructus licitatio. Sie mußte von einer Partei ausgehen, vermutlich vom derzeitigen Besitzer. Gai. 4, 170: qui . . fructus non licetur. Die Versteigerung leitete der Prätor — Ubbelohde, Fortſ., Bd. 5 S. 399 — aber nur auf Antrag, nicht von Amts wegen. Wer am Meistgebot blieb, wurde einstweiliger Besitzer, sobald er Sicherheit geleistet hatte. Gai. 4, 166: tantisper in possessione constituitur, si modo aduersario suo fructuaria stipu(latione cau)erit. Daß diese Besitzeinweisung wirklich durchgeführt wurde und an eine Geldabfindung nicht zu denken, wird, soweit ich sehe, von allen angenommen. Ich halte es indes für zweckmäßig, diesen Punkt besonders hervorzuheben.

Ubbelohde, Fortſ. von Glück, Bd. 5 S. 401, erinnert an Gai. 4, 16 aliquem possessorem constituere und bemerkt: 'auch sonst geht in possessione constituere bei körperlichen Sachen auf Erlangung des juristischen Besitzes'. Dafür werden verschiedene Stellen beigebracht. Unter andern c. 1 § 1 Quod leg. 8, 3: in possessione constitui; c. 1 de Carb. ed. 6, 17: in possessionem eum constitui; c. 9 pr. ad leg. Corn. de falsis 9, 22: ordinarium est, ut in hereditatis possessione constitutus fideicommissa praebeas.

Bei einer gewöhnlichen Störungsklage wird Fruchtversteigerung kaum nötig gewesen sein. Anderer Meinung Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2 S. 327.

Es folgt Eingehung der Sponsionen und Restipulationen. Die Gewaltthat bildete die Grundlage. Der alte Besitzer, der bei der Fruchtversteigerung siegen, aber auch unterliegen konnte, mag etwa zu folgender Sponsion aufgefordert haben: si aduersus edictum praetoris possidenti mihi a te uis facta est, spondesne mihi C dare? Dem entsprechend Restipulation:

si aduersus edictum praetoris possidenti tibi a me uis facta non est, spondesne mihi C dare.

Die Aufforderuug des Gegners lautete vielleicht: spondesne mihi C dare, nisi aduersus edictum praetoris possidenti tibi a me uis facta est? Dem entsprechend Restipulation: spondesne mihi C dare, si aduersus edictum praetoris possidenti mihi a te uis facta est?

Statt vier Versprechen genügten später zwei. Die betreffende Stelle bei Gai. 4, 166 läßt sich etwa so ergänzen: uel sti(pulatione h)ac, cum una inter eos sponsio itemque restipulatio u(na in uicem) ad eam fit. Anders ergänzt Karlowa a. a. O. S. 327.

Das aduersus edictum heißt so viel als aduersus interdictum. Denn die Gewaltthat erfolgte ja erst interdicto reddito. Man hat an diesem Sprachgebrauche Anstoß genommen und verschiedene Erklärungen versucht: Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 2 S. 90 flg. Alles Auffallende verschwindet, sobald wir nur beherzigen: daß die Zeit nach dem Interdikte des einzelnen Falles von dem Edikte mitumfaßt wurde, wie es im Album Ausdruck gefunden. Auf dem Markte stand am weißen Brette geschrieben: wer andern gegenüber fehlerfreien Besitz ausübt, soll von diesen nicht gewaltsam gestört werden. Gegen diese Vorschrift fehlte auch der, welcher erst nach Erlaß des einzelnen Interdiktes gewaltthätig wurde. Ferner wird die Vorbereitungsklage andern Interdikten nachgebildet sein, wo bereits vor dem interdictum reddere eine Rechtsverletzung erfolgt war.

Zwecks Einleitung des Sponsionsverfahrens war eine neue in ius uocatio erforderlich. Auf Grund der Sponsionen und Restipulationen ein edere actiones. Sämmtliche Klagen werden einem und demselben Richter zur Aburteilung überwiesen sein. Vgl. Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 2 S. 118 flg., Bd. 5 S. 402 flg.

Außerdem edierte derjenige, welcher beim Meistgebot unterlag, eine Klage auf Herausgabe des Besitzes. Dies läßt Gai. 4, 166 trotz seiner verstümmelten Gestalt gleichwohl er-

kennen: fundo ab . . restitui ⟨ei fun⟩d⟨um⟩ uel ae⟨des⟩. Der ganze Satz ist vielleicht so zu ergänzen. ⟨Porro⟩ eius ⟨sponsionis actor, qui non possidet, de⟩ fundo a⟨edibusue iudicium edit, quo desiderat⟩ restitui ⟨ei fun⟩d⟨um⟩ uel ae⟨des⟩. Dabei wäre freilich das b von ab für e genommen. Uebrigens ist die Sache ohnedies zweifellos. Es steht in Frage das Cascellianum siue secutorium iudicium, das Gajus am Schlusse des § 166 ausdrücklich erwähnt, und das doch vorher ediert sein mußte.

Die Ergänzung von Huschke Deinde editis formulis sponsionum et restipulationum steht nicht mit den erhaltenen Buchstaben in Einklang. Die Edition dieser Formeln scheint Gajus hier stillschweigend vorauszusetzen, da er sie § 165 bereits beim Unde ui besprochen hatte.

Das Urteil im Cascellianum wird ebenfalls derselbe Richter gefällt haben, dem die Sponsionen und Restipulationen überwiesen waren.

Wegen der Summe, die für den Fruchtgenuß geboten, konnte der Gegner Stipulation und Sicherheit begehren. Später wurde ohne Stipulation eine eigene Nachklage, ein iudicium fructuarium, eingeräumt. Das neuere Recht ist enthalten im § 169, den Gajus hinzugefügt haben mag: siehe oben S. 29. Das ältere Recht bringt § 166, und dieses kehrt wieder § 170: qui cetera ex interdicto non facit . . . qui fructus licitatione satis non dat.

Verlor derjenige, welcher bei der Fruchtversteigerung am Meistgebot geblieben war, so wurde er zunächst verurteilt in die von ihm versprochene Sponsions- bezw. Restipulationssumme; außerdem in die Summe, welche er für den Fruchtgenuß geboten hatte; ferner wurde ihm aufgegeben, den Besitz herauszugeben; wie er denn auch die gezogenen Früchte auszuantworten hatte.

Die Herausgabe des Besitzes unterziehe ich einer näheren Betrachtung. Es heißt bei Gai. 4, 166: nisi restituat mihi possessionem Cascelliano siue secutorio iudicio condemnatur. Schmidt, Interdiktenverfahren, S. 254 findet sonder-

bar, daß die Angabe des Kondemnationsobjektes fehle; er hat nicht übel Lust, quanti ea res est einzuschieben. Aber das Objekt steht ja groß und breit da; so wie die Stelle überliefert, kann zu condemnatur nicht füglich etwas anderes ergänzt werden, als der Objektivsatz: ut restituat possessionem. Einem solchen condemnare sind wir schon begegnet in fr. 58 de rei uind. 6, 1: siehe oben § 42 S. 343. Es ist durchaus nicht nötig, beim Ausdruck condemnatur sofort an den Formelbestandteil condemnatio zu denken, quae . . ad pecuniariam aestimationem . . concepta est. Hierfür legt Gai. 4, 48 selber Zeugnis ab, der gleich darauf von einem rem condemnat spricht.

Dem condemnatur entspricht in § 167: possessionem restituere iubetur. Hinzugefügt ist wegen der Frucht: fructus quos interea percepit reddit. Die Frucht wird von dem Cascellianum mit umfaßt sein: Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 2 S. 158 flg. Weder in der einen, noch der andern Beziehung wird Geld erwähnt. Ferner nennt Gajus § 169 das Cascellianum ein iudicium de possessione reciperanda. Es mag ja, sofern das restituere, reddere nicht durchführbar, sich eine Geldabschätzung hinzugesellt haben. Aber die vollständige Vernachlässigung des Geldpunktes läßt den Gedanken in den Vordergrund treten, daß die Herausgabe nötigenfalls erzwungen wurde.

Ferner erwäge man, daß Beklagter derjenige war, welcher bei der Fruchtversteigerung am Meistgebot geblieben. Von diesem heißt es § 166: tantisper in possessione constituitur, also doch nur so lange. Mithin muß es Mittel und Wege gegeben haben, denjenigen, der nur einstweilen Besitzer sein sollte, nötigen Falles wieder hinauszubefördern.

Und endlich — the last not least — vergegenwärtigen wir uns den Zweck des Uti possidetis. Es heißt bei Gai. 4, 148: ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. Ferner § 4 de interdictis 4, 15: namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et

ciuilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a petente petat. Und bei Ulp. fr. 35 de adq. uel am. poss. 41, 2. Exitus controuersiae possessionis hic est tantum, ut prius pronuntiet iudex, uter possideat: ita enim fiet, ut is, qui uictus est de possessione, petitoris partibus fungatur et tunc de domino quaeratur. Vgl. zu dieser Stelle Pernice, Ztschr. für Rechtsgesch., Bd. 27 R.A. S. 167 flg. Wenn derjenige, welcher bei der Fruchtversteigerung den höchsten Bot abgegeben, im Falle seines Unterliegens nicht hätte genötigt werden können, die Sache wieder herauszugeben, so wäre ja der Zweck des Uti possidetis ein verfehlter gewesen.

Gleichwohl glaubt Schmidt a. a. O. die auf quanti ea res est lautende condemnatio erweisen zu können durch Ulp. fr. 3 § 11 Uti poss. 43, 17. Die Stelle lautet. In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. ‘quanti res est’ sic accipimus ‘quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere.’ Seruii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

Es wird aufmerksam gemacht auf den großen Unterschied zwischen Sachwert und Besitzeswert. Der letztere: ‘quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere’. Dabei kann nur gedacht sein an zeitweiligen Besitz. Denn einen immerwährenden Besitz abschätzen, heißt: den Sachwert feststellen.

Soll nun beim Uti possidetis nicht der Sachwert, sondern nur der Besitzwert abgeschätzt werden, so darf der besiegte Beklagte nicht sagen: ich gebe die Sache überhaupt nicht heraus. Denn dann käme es ja zur Abschätzung des Sachwertes.

So etwa mag die Gedankenverbindung der Compilatoren gewesen sein. Eine in allen Teilen befriedigende Erklärung ist damit freilich noch nicht gewonnen. Höchst unklar Savigny, System, Bd. 3 S. 444, 445. In der That hatte die Stelle ursprünglich einen ganz andern Sinn. Das quanti res est

steht augenscheinlich in Beziehung zu dem uns in fr. 1 pr. erhaltenen ediktalen quanti res erit. Daß der Prätor sich in diesem Edikt über die Höhe der Sponsionssumme äußerte, hat bereits Lenel richtig erkannt. Das agere in fr. 1 pr. wird von ihm, Paling. n. 1536, durch sponsionem restipulationemque facere und das condemnationis unserer Stelle, ebenda n. 1542, durch sponsionis ersetzt.

Demnach erhalten wir folgenden Satz. Die Sponsionssumme soll den Wert nicht überschreiten. Unter Wert ist aber nicht der Sachwert, sondern der Besitzeswert zu verstehen. Das heißt beim Uti possidetis: wie viel ist es wert, die Sache für die Dauer des Rechtsstreites zu besitzen. Derjenige, welcher bei der Fruchtversteigerung am Meistgebot blieb, wird sich haben gefallen lassen müssen, daß man seinen eignen Bot als diesen Wert annahm. So mag denn mit der Versteigerung der Frucht gleichzeitig die Höhe der Sponsions- und Restipulationssumme gefunden, regelmäßig die Höhe aller drei Summen eine gleiche gewesen sein.

Auf diese Weise wird ebenfalls die Ansicht des Servius verständlich. So wie die Compilatoren die Stelle gestaltet haben, klingt sein Ausspruch geradezu verblüffend. Da es sich aber bei diesem quanti ea res gar nicht unmittelbar um den Besitz handelt, erscheint seine Meinung keineswegs unbegreiflich.

Dem Falle, auf den sich die Entscheidung des Servius bezog, 'existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est', können wir aus dem heutigen Rechte etwa die Frage an die Seite stellen: wie ist der Wert des Streitgegenstandes festzusetzen, insofern davon die Zuständigkeit der Gerichte abhängt. Und hier sagt unsere C.P.O. § 6 ganz im Sinne des Servius: 'der Wert des Streitgegenstandes wird bestimmt durch den Wert einer Sache, wenn deren Besitz . . Gegenstand des Streites ist.' Ebenso früher schon die gemeinrechtliche Praxis: S. A., Bd. 8 Nr. 200.

Stellen, denen durch Interpolation ein anderer Gedanke untergelegt, sind häufig eine Quelle nicht endenwollender Streitfragen geworden. Sehr begreiflich: das Alte ist nicht voll-

ständig vernichtet, das Neue nicht vollständig durchgearbeitet. So ist es denn auch in Theorie und Praxis sehr bestritten, ob und unter welchen Voraussetzungen auf Grund von fr. 1 pr., fr. 3 § 11 Uti possidetis 43, 17 mit der Besitzstörungsklage der Ersatz des durch die Störung entstandenen Schadens verlangt werden könne. Das Reichsgericht hat laut einer Entscheidung, S. A., Bd. 49 Nr. 151, die Schadensersatzpflicht für die Vergangenheit davon abhängig gemacht, 'daß dem Störer eine unerlaubte Handlung — eine Schuld zur Last fällt'. Damit ist, genau genommen, der Schadensersatzanspruch vom Uti possidetis losgelöst worden.

Um zu Schmidt zurückzukehren. Sofern das restituere, reddere nicht durchführbar, mag ja eine Verurteilung in den Sachwert stattgefunden haben. Daß aber dieses restituere, reddere nie erzwingbar, wird durch fr. 3 § 11 Uti poss. 43, 17 weder für das Justinian'sche, noch viel weniger für das klassische Recht bewiesen. Ein Uti possidetis, wo der Sieger keinen Anspruch auf die Sache selber gehabt, sondern sich in Geld hätte abfinden lassen müssen, kommt mir vor wie eine Verhöhnung des Besitzes. Das restituere possessionem wird hier nicht in Geld umgewandelt, ihm folgt vielmehr der Feldmesser. Frontini commentum, Lachm. pag. 16 lin. 18 rel. 'De possessione fit controuersia' quotiens de totius fundi statum 'per interdictum, hoc est iure ordinario, litigatur.' hoc non est disciplinae nostrae iudicium, sed apud praesidem prouintiae agitur, et ex lege restituitur possessio cui poterit adtineri. in his secundum locum habet disciplina nostra, sicut lex ait, nisi de possessionis statum questio fuerit terminata, non licet mensori preire ad loca.

Ich komme jetzt auf einen weiteren Punkt zu sprechen, welcher das Verfahren bei dieser Vorbereitungsklage wiederum in einem eigentümlichen Lichte erscheinen läßt. Wenn bei einer gewöhnlichen Störungsklage der Gegner nach Erlaß des Verbotes die Störung unterließ, so hatte das Interdikt seine Wirkung gethan, der Streit brauchte nicht fortgesetzt zu werden;

siehe oben S. 363. Bei der Vorbereitungsklage bedarf es der Gewaltthat nach Erlaß des Interdiktes, um zu einem Verfahren zu gelangen, das man beabsichtigte. Bleibt die Gewaltthat aus, so erscheint dies als ein non defendere. Aber auch wenn es zur Gewaltthat kam, konnte aus andern Gründen das Verfahren ins Stocken gerathen: die Früchte wurden nicht versteigert, wegen derselben keine Sicherheit geleistet, die Sponsionen nicht abgeschlossen, die Klagen aus den Sponsionen nicht aufgenommen.

Solcher Ungehorsam wurde gebrochen durch die interdicta secundaria. Ihre Wirkung für den andern Teil war die, daß er den Besitz erhielt, wenn er ihn noch nicht hatte, und sein Besitz ferner nicht gestört werden durfte. Gai. 4, 170 ist hier vielleicht so zu lesen: siue possideat, sine iudice restituat aduersario possessionem s⟨i nec⟩ possid⟨eat t⟩antum uim illi possidenti ne faciat. Itaque etsi alias potu⟨erit⟩ interdicto Uti possidetis uincere, si cetera ex interdict⟨o facere uolebat, nunc⟩ tamen per interdictum secundarium u⟨incitur⟩. Von einem Geldurteil ist auch hier nicht die Rede. Und der Erfolg, den diese interdicta secundaria hatten, wird nichts anderes gewesen sein, als was bei durchgeführtem Uti possidetis vom Sieger beansprucht werden konnte.

Ich stelle die Ergebnisse kurz zusammen. Die alte Vindication war eine Klage des relativ bessern Rechtes, die dem die Sache verschaffte, der sein besseres Recht dargethan hatte. — Diese Klage wird gewissermaßen vertreten durch die interdicta retinendae possessionis. Es sind dies ebenfalls Klagen des relativ bessern Rechtes, die dem die Sache erhalten, dessen Recht als das bessere erfunden wurde. Ein Unterschied ist indes der, daß hier eine Nachklage folgen kann. Mit dem einen Urteil ist die Sache noch nicht abgethan. Wer hier unterlag, kann aus dem sich anschließenden Verfahren als Sieger hervorgehen. Es hängt allerdings vom freien Willen des ersten Siegers ab, ob er dem zweiten Sieger die Sache herausgeben will. Die Sache selber ist ihm einmal von Rechts wegen zugesprochen. Die Sache selber darf ihm wider seinen

Willen nicht entzogen werden, aber der zweite Sieger ist in Geld abzufinden. — Mit den interdicta retinendae possessionis vollzieht sich ein gewaltiger Fortschritt. Sind sie zwar selber noch Klagen des relativ bessern Rechts, so erscheint das relativ bessere Recht doch nicht mehr als das Höchste, was sich erreichen läßt. Es sind die Wege gebahnt für den Begriff des absoluten Rechts, das freilich zunächst nur als Geldforderung erzwungen werden kann.

Ich habe damit die Lichtseiten der interdicta retinendae possessionis hervorgehoben, will aber auch die Schattenseiten nicht verschweigen. Weil diese Interdikte dazu bestimmt waren, die Parteirollen für den künftigen Eigentumsstreit festzustellen, wird der Besitz dem Eigentum näher gerückt. Ein Depositar oder Pächter konnte nicht füglich dran denken, einen Eigentumsstreit zu unternehmen. Also mag man sie auch vom Uti possidetis und Utrubi zurückgehalten und ihnen damit den Besitz abgesprochen haben.

Wir sahen oben § 3 S. 23, daß die Römer den Detentionsbegriff über die Gebühr ausdehnten. Namentlich erregte Bedenken die Entwicklung, welche für Grundstücke mit dem Pächter, für bewegliche Sachen mit dem Verwahrer anhebt. Ich war bereits bemüht, für beide Fälle besondere Gründe aufzufinden: siehe oben S. 32 und 117. Hier tritt in der Einführung der interdicta retinendae possessionis ein allgemeinerer Grund hinzu: wie es kam, daß der alte natürliche Besitzesbegriff sich derartige künstliche Beschränkungen mußte gefallen lassen.

β) § 44. Unde Vi.

Gajus hat uns das Verfahren der restitutorischen Interdikte in Verbindung mit den exhibitorischen näher geschildert und nennt als Beispiel eines restitutorischen Interdiktes das Unde ui. Gai. 4, 162: ueluti ut restituatur ei possessio qui ui deiectus est. Eine doppelte Möglichkeit: modo sine periculo res ad exitum perducitur modo cum periculo.

Im letztern Falle forderte der Kläger nach Gai. 4, 165

den Gegner auf zum Abschluß einer Sponsion si contra edictum praetoris non restituerit. Entsprechende Restipulatio. Hierauf gegenseitiges Edieren der formula sponsionis und restipulationis. Weiter ist vielleicht zu lesen: sed actor sponsionis f(ormulae edit illi) et aliut iudicium de re restituenda uel exhibenda, ut si sponsione uicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur. Dann große Lücke bei Gajus. Das hier erwähnte iudicium de re restituenda entsprach dem Cascellianum siue secutorium iudicium beim Uti possidetis. Ob es gerade identisch mit demselben, wie Lenel, Ed., S. 360 behauptet, mag dahingestellt bleiben. Auf alle Fälle wird wie beim Uti possidetis auch der seines Besitzes gewaltsam Entsetzte einen Anspruch auf die Sache selber gehabt haben. Schon für die Zeit des Cicero ist die Sache sicher; und in welcher Weise hier eingeschritten wurde, zeigt uns anschaulich das Decret bei Bruns, Fontes n. 67: siehe oben § 42 S. 334.

Statt diesen Weg zu betreten, konnte der Beklagte einen arbiter erbitten. In diesem Falle erhielt er nach Gai. 4, 163 eine Formel, quae appellatur arbitraria et iudicis arbitrio si quid restitui . . debeat, id sine periculo . . restituat, et ita absoluit; quodsi neque restituat . . quanti ea res est condemnat. Zu diesem Begehren mußte sich indes der Beklagte vor Schluß des Termines entschließen. Denn sonst erließ der Prätor sein bedingtes auf restituas auslautendes Interdikt, dem sich dann die Sponsionen anschlössen: Gai. 4, 164.

Dieses Wahlrecht des Beklagten soll nach der herrschenden Ansicht ein ganz freies gewesen sein; es hätte von seinem Belieben abgehangen, ob er mit oder ohne Gefahr streiten wolle. Dagegen mögen zunächst einige praktische Erwägungen vorgebracht werden.

Das Sponsionsverfahren diente einem ähnlichen Zwecke, wie unsere Proceßkosten: es sollte vom Processieren abschrecken. Nun denke man sich einmal einen Rechtszustand, wonach es von der Willkür des Beklagten abhinge, ob er mit oder ohne Proceßkosten streiten wolle; nur wenige würden sich finden,

welche sich zu dem ersteren entschlössen. Ebenso hätte das römische Sponsionsverfahren seinen Zweck im wesentlichen verfehlt, wäre dasselbe ins freie Ermessen des Beklagten gestellt gewesen.

Wenn jemand in Rom ein Grundstück kaufen wollte, das dem Eigentümer nicht feil war — das einfachste Mittel wäre gewesen, den Eigentümer herunterzuwerfen und ein arbitrium auf quanti ea res est zu erbitten.

Was, rein praktisch betrachtet, sich als unmöglich herausstellt, dürfte auch nicht in den Quellen enthalten sein.

Der Prätor sagte nach Lenel, Ed., S. 373: Unde . . tu illum ui deiecisti . . eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas. Wörtlich übersetzt: von wo du ihn heruntergeworfen hast, da sollst du ihn, und was er dort hatte, wieder hinbringen. Dem entsprach die Sponsion, wenn der Beklagte sich dieser Handlung weigerte: Unde . . me deiecisti . . eo si me . . contra edictum praetoris non restituisti. Man möchte demnach meinen, das Sponsionsverfahren hätte nur durch ein restituere abgewandt werden können; soweit kein restituere vorlag, griff das Sponsionsverfahren Platz.

Nun finden wir daneben ein arbitrium auf quanti ea res. Bei Paul fr. 6 de ui 43, 16 eine nähere Erläuterung: in interdicto unde ui tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere. Also bezieht sich das quanti ea res vor allen Dingen auf den Besitzwert, nicht den Sachwert. Es kommt nur zu einer Abschätzung dessen, was der Kläger an Schaden erlitten, daß er den Besitz des Grundstückes so lange entbehren mußte. Dem Paulus nicht entgegen Pomponius: et hoc iure nos uti Pomponius scribit, id est tanti rem uideri, quanti actoris intersit. Der Besitzwert wird meistens viel geringer, kann aber unter Umständen höher sein als der Sachwert, z. B. bei den Sklaven, die sich auf dem Grundstücke befanden: quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est, ueluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae inter-

sit eius eum possideri. Demnach wird sowohl bei Grundstücken, wie bei beweglichen Sachen vorausgesetzt, daß sie herausgegeben werden mußten.

Ulp. fr. 1 § 40 de ui 43, 16 spricht ebenfalls nur von Früchten des Grundstückes, wie der beweglichen Sachen, welche berechnet werden müssen.

Kehren wir zurück zu Gajus. Derselbe bemerkt 4, 164. 165: wer einen arbiter haben will, muß sich hierzu vor Ablauf des Termines entschließen; sonst wird gegen ihn vorgegangen, als wolle er nicht restituieren. Hier ist folgender verbindende Gedanke einzuschieben: wer nicht restituieren will, hat auf die formula arbitraria keinen Anspruch; diese formula beruht auf der Bereitwilligkeit zur Restitution.

Man möchte einwenden, daß auf diese Weise etwas in Gajus hineingetragen werde, was nicht dastehe. Allein Gajus nimmt nur als selbstverständlich an: daß das Verfahren mittelst formula arbitraria nicht für Erzkrakehler da war, sondern dann eintrat, wenn das Ob schuldig bereits seine Erledigung gefunden hatte. Der arbiter ist kein gewöhnlicher Richter, kein iudex rei iudicandae, sondern ein arbiter ad restituendum datus, wie solche auch sonst vorkommen: Africanus fr. 7 de confessis 42, 2; Ulp. fr. 6 § 2 daselbst; Ulp. fr. 25 § 2; Paul. fr. 26 ad leg. Aquiliam 9, 2; Ulp. fr. 1 § 6 Si cui plus 35, 3.

Diese Annahme erklärt eine Reihe von Erscheinungen, und das spricht gleichfalls für ihre Richtigkeit.

Warum hat bloß der Beklagte dieses Wahlrecht? Wenn freie Willkür die Entscheidung gab, hätte eher der Kläger, dem es z. B. fr. 21 § 4 de op. n. n. 39, 1 eingeräumt wird — siehe oben § 42 S. 349 — ein Anrecht darauf haben müssen.

Die Erbittung eines arbiter ad restituendum wird kurz als restituere bezeichnet. Lenel, Ed., S. 357 wehrt sich freilich gegen diese Möglichkeit. Allein beweisend lex Rubria cap. 22 lin. 36: sponsionem non faciet, non restituet. Vgl. Demelius, Confessio, S. 148; Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 2 S. 231. Diese Bedeutung von restituere

begreift sich leicht, sobald wir davon ausgehen: daß nur der einen solchen arbiter verlangen konnte, welcher bereit war, zu restituieren. Der Sprachgebrauch mag noch nicht bewiesen werden durch Cic. pro Tullio 23 § 53: aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est. Indes der Gegensatz ist auch hier: entweder freiwillige Herausgabe, oder Verurteilung im Sponsionsverfahren.

Lenel a. a. O. behauptet: 'ohne Erbittung des arbiter nützte also dem Beklagten der beste Wille, baldigst zu restituieren, nicht das Geringste'. Das heißt einem übertriebenen Formalismus huldigen. Gai. 4, 164 sagt: quodsi arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit cum periculo rem ad exitum perducit. Wer vor dem Prätor erklärte: ich bin bereit, das Grundstück zu räumen — von dem kann man doch nicht behaupten, er sei stillschweigend fortgegangen. Eine solche Erklärung war dahin auszulegen: nötigenfalls wünsche ich einen arbiter. Vielleicht einigten sich die Parteien unter einander, so daß sie den Prätor nicht weiter anzugehen brauchten.

Bei Probus ex codice Einsidlensi 70 ist uns ein Formelstück aufbewahrt 'R. A. Q. E. I. E. restitutus antequam ex iure exeas. Mommsen verwandelt restitutus in restituas. Rudorff hat das antequam ex iure exeas den restitutorischen Interdikten angehängt, mit Ausnahme des Interdiktum de ui armata, so auch dem Interdiktum wegen gewöhnlicher Gewalt: ed. perp. § 241, 242. Lenel a. a. O. verhält sich dem gegenüber keineswegs durchaus ablehnend.

Ich muß indes gestehen, daß eine solche Schlußklausel beim Unde ui einen ganz lahmen Gedanken enthielte. Der Prätor gebietet, daß derjenige wieder eingesetzt werde, der gewaltsam verdrängt wurde. Was soll hier die zeitliche Grenze? Je eher, um so besser. Und mit Ablauf des Termines war die Verpflichtung keineswegs beseitigt.

Wir lesen bei Gai. 4, 164: qui uult arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat. Nichts liegt näher, als hiermit das Formelstück zusammenzubringen. Es wird dem Teile des Edikts entnommen sein, welcher den arbiter

verhieß. Und jede Lösung, die das restitutus benutzte, ohne zu ändern, würde den Vorzug verdienen. Dem Unde tu . . deiecisti . . eo restituas wird der Prätor hinzugefügt haben: si fundus est restitutus, antequam ex iure exeas, quanti ea res est, arbitrium dabo. Eine Erwähnung der beweglichen Sachen konnte entbehrt werden, zumal schon das ältere Edikt sich mit einem eo restituas begnügte: Cic. pro Caecina 30, 88; Lenel a. a. O. S. 272. Beim Nießbrauche hieß es: si usus fructus est restitutus.

Die formula arbitraria mag man sich etwa so vorstellen: Quod N^s N^s A^m A^m de fundo ui deiecit, nisi fundum et ea quae A^s A^s tunc ibi habuit arbitratu tuo restituet, quanti ea res erit, tantae pecuniae N^m N^m A^n A^o c. s. n. p. a.

Huschke, Studien, S. 15 wirft die Frage auf: warum Cicero in seiner Rede für den Cäcina die arbitraria actio mit Stillschweigen übergehe. Seine Antwort, Analecta litteraria pag. 178, 179 geht schließlich dahin: daß das Interdiktum de ui armata eine Ausnahme bildete. Indessen man braucht für dieses Interdiktum gar keine Besonderheit anzunehmen. Für Leute wie Aebutius, denen es um Austragung des Ob schuldig zu thun, war die formula arbitraria überhaupt nicht berechnet. Ebenso verhält es sich mit der von Huschke erörterten causa Siliana bei Cic. ad. fam. 7, 21, wo wir ein Quorum bonorum vor uns haben.

Verständlich wird ferner die von Gai. 4, 163 mitgeteilte Ansicht des Proculus, beim Verfahren mittelst formula arbitraria könne von einem calumniae iudicium nicht die Rede sein: quasi hoc ipso confessus uideatur restituere se uel exhibere debere.

Das calumniae iudicium setzte Chikane des Klägers voraus, Gai. 4, 178: calumniae iudicio decimae partis nemo damnetur nisi qui intellegit non recte se agere, sed uexandi aduersarii gratia actionem instituit. Wie aber, sollte man denken, kann von klägerischer Chikane die Rede sein, wo der Beklagte sich zur Herausgabe bereit erklärt hatte!

Die Ansicht des Proculus wurde verworfen, Gai. 4, 163: sed alio iure utimur et recte; (pot)ius enim ut modestiore uia litigi(um termin)et arbitrium quisque petit quam quia confitetur. Anlangend das dritte i im litigi, so möchte ich lieber auf ein litigium schließen als dasselbe streichen. Wäre der Streit zu Ende gewesen, so hätte es auch eines arbitrium nicht bedurft. Das Verlangen nach einem solchen setzte immer noch Mißhelligkeiten voraus. Der Kläger konnte übertriebene Schadensersatzansprüche geltend machen. Es war sogar möglich, daß die Herausgabe allein genügte, weil gar kein Schaden eingetreten war, in welchem Falle Freisprechung des Beklagten erfolgen mußte. Ich lese Gai. 4, 163 hier so: sed actor etiam sine poena experitur cum eo qui neque exhibere neque restituere quicquam oportere (absolutus est), praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis.

Demelius, Confessio, S. 167, 168 folgt der herrschenden Auffassung, wonach die formula arbitraria da gegeben wurde, wo der Beklagte seine Verpflichtung zur Herausgabe bestritt. Die Meinung des Proculus wird daraus erklärt, daß die Formel einem Nichtgeständigen wie Geständigen gegenüber gleich gelautet hätte. Das klingt recht unwahrscheinlich. Und Proculus war doch sachverständig genug, um Geständnis vom Nichtgeständnis auseinanderzuhalten.

Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bd. 2 S. 204 flg., hebt richtig hervor, daß das Verfahren mittelst formula arbitraria vom rerum actus unabhängig war. Daß aber der arbiter sofort bestellt wurde, wie Ubbelohde annimmt, ist nicht überliefert; entspricht auch nicht der Sachlage. Das Bedürfnis nach einem arbiter konnte sich bald früher, bald später einstellen, vielleicht gar nicht. Daß eine desfallsige Erklärung vom Beklagten bereits in dem zwecks Erlaß eines Interdiktes angesetzten Termine abgegeben werden mußte, hat folgenden Grund. Der Beklagte, welcher seiner Sache nicht sicher, vielleicht in rohester Weise das Recht verletzt hatte, sollte dem

Kläger das Grundstück nicht bis zum nächsten rerum actus vorenthalten dürfen.

Ubbelohde huldigt freilich ebenfalls der herrschenden Ansicht, daß der arbiter sich über das Ob schuldig ausgesprochen habe. Der Grund dafür, daß der Beklagte im Falle seiner Verurteilung ohne Prozeßbuße davon kam, soll sein 'die hiermit gegebene Beschleunigung der Entscheidung'. Warum gab man denn aber nicht dem Kläger die Beschleunigung in die Hand? Und nimmt man vollends an, daß der Kläger mit einer Geldabfindung zufrieden sein mußte, so erscheint diese Beschleunigung in einem eigentümlichen Lichte. Jemand, der gar nicht verkaufen will, wird seines Besitzes gewaltsam entsetzt. Der Beklagte bittet um einen arbiter, um das Enteignungsverfahren noch zu beschleunigen.

Die Ansicht des Proculus wurde verworfen, und das entsprach der damaligen Auffassung, welche die confessio in iure auf eine bestimmte Geldsumme beschränkte, gemäß dem aeris confessi der Zwölftafeln III, 1 = Gell. N. A. 20, 1 § 45. Aber im weitern Sinne lag ein Zugeständnis vor und gerade in Bezug auf die Hauptsache. Proculus nannte schon vorahnend ein quasi confiteri uideri, was später allerdings als gerichtliches Geständnis behandelt wurde.

Es kommt in Betracht Ulp. libro quinto de omnibus tribunalibus fr. 6 § 2 de confessis 42, 2. Sed et si fundum uindicem meum esse tuque confessus sis, perinde habeberis, atque si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset. et si alia quacumque actione ciuili uel honoraria uel interdicto exhibitorio uel restitutorio uel prohibitorio dum quis conuenitur, confiteatur, dici potest in his omnibus subsequi praetorem uoluntatem orationis diui Marci debere et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere. dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem et, si non restituatur, lis aestimabitur.

Die Stelle ist so, wie sie überliefert, nicht aus Ulpian's Feder geflossen. Am Schluß haben wir eine Folgerung für

die restitutorischen Klagen, mithin kann Ulpian im Voraufgehenden nicht schon allgemeiner gesprochen haben. Demnach ist eingefügt alia quacumque actione ciuili uel honoraria uel und uel prohibitorio. So schon Lenel n. 2277. Vielleicht auch exhibitorio uel und in his omnibus. Nach Demelius, Confessio, S. 201, und Lenel a. a. O. soll ferner unecht sein omne omnino, nach Pernice, Ztschr. für Rechtsgesch., Bd. 27 R. A. S. 166 allenfalls haltbar.

Nach meinem Dafürhalten ist omne omnino schon Bestandteil der oratio diui Marci gewesen, und gerade die Hauptsache.

Was den Inhalt dieser oratio anbetrifft, so hat er sich jedenfalls nicht bezogen auf die zuletzt genannten Klagen. Ulpian sagt ja ausdrücklich: dici potest subsequi praetorem uoluntatem orationis diui Marci debere. Er befürwortet also nur eine analoge Ausdehnung. Bliebe nur noch die formula petitoria. Aber auch hier fehlt eine unmittelbare Anknüpfung an die oratio. So scheint sich Ulpian nur mit dem Gedanken einer analogen Erweiterung zu tragen.

Was bleibt denn nach für die oratio? In dieser Hinsicht verdienen Beachtung die Ausführungen von Pernice a. a. O. S. 135 flg. Das Werk Ulpian's de omnibus tribunalibus handelte von der Cognition, nicht dem ordentlichen Gerichtsverfahren. Für das Cognitionsverfahren hatte eine oratio diui Marci den Satz aufgestellt: omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere. Die Grundsätze des gerichtlichen Geständnisses sollten sich nicht mehr beschränken auf Geld, sondern Sachen und alle möglichen Leistungen ergreifen. Diese Bestimmung der oratio überträgt Ulpian auf die formula petitoria, die restitutorischen Interdikte und überhaupt alle restitutorischen Klagen.

Das Verfahren stellt Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 2 S. 26 flg. sich so vor: 'wie an die Entscheidung im Sponsionenverfahren ein iudicium secutorium sich anschloß, so folgte der confessio in iure ein ähnliches iudicium, welches sich nur dadurch von jenem unterschied, daß seine Voraus-

setzung natürlich nicht lautete auf Si Aulus Agerius sponsione uicerit, sondern etwa auf Quod Numerius Negidius confessus est'.

Ich vermag diesen Gedanken aus der Stelle nicht herauszulesen. Am Schlusse ist gesagt: auf Grund derjenigen Klagen, wegen welcher ein Termin zur Herausgabe der Sache festgesetzt wird, ist eine Frist einzuräumen. Also eine besondere actio confessoria wird gar nicht formuliert. Der Magistrat, vor dem das Geständnis abgelegt wurde, erteilt dem Geständigen eine Frist; wird die Sache nicht herausgegeben, so soll der Streitgegenstand abgeschätzt werden. So wenig wie von einer Klage, ist von einem comdemnabitur die Rede, es heißt lis aestimabitur.

Die Neuerung von Ulpian bestand demnach darin, daß bei den restitutorischen Klagen im Falle eines Geständnisses das Cognitionsverfahren an die Stelle des Formularprocesses treten sollte. Er behandelt ja in dem fraglichen Buche überhaupt nur das Cognitionsverfahren. Und wie im Cognitionsverfahren das Geständnis in Folge einer oratio diui Marci sich nicht auf eine bestimmte Geldsumme beschränkte, sondern Leistungen aller Art ergriff; wurden nunmehr alle restitutorischen Klagen der Bestimmung des Kaisers Marcus ebenfalls unterworfen.

Wir sahen: die formula arbitraria bei den restitutorischen Interdikten setzte voraus Bereitwilligkeit des Beklagten zur Herausgabe. Der Sache nach haben wir demnach eine actio confessoria vor uns. Auch diese formula arbitraria hat keinen Raum mehr neben dem von Ulpian befürworteten Verfahren und ist damit beseitigt worden.

Kein anderes Schicksal wird der formula arbitraria bei den exhibitorischen Interdikten zu Teil geworden sein. Hier wird das Geständnis gleiche Behandlung erfahren haben. Das interdicto exhibitorio in unserer Stelle scheint freilich spätere Einfügung zu sein. Daß aber Ulpian in dieser Hinsicht ebenso urteilte, beweist folgender Ausspruch. Ulp. fr. 1 § 1 de tab. exh. 43, 5. Si quis forte confiteatur penes se esse testa-

mentum, iubendus est exhibere, et tempus ei dandum est, ut exhibeat. Das tempus ei dandum est, ut exhibeat entspricht dem dabitur confesso tempus ad restitutionem in fr. 6 § 2 de confessis. Man hat in der Bestimmung betreffend Vorzeigung einer Testamentsurkunde eine Besonderheit erblicken wollen. Ohne Grund. Was uns entgegentritt, ist das neuere Verfahren, das bei andern exhibitorischen Interdikten ebenfalls Platz gegriffen haben wird im Gegensatz zu dem früheren Verfahren mittelst formula arbitraria.

Si non restituatur, lis aestimabitur. Wie haben wir das si non restituatur zu verstehen? Nichts nötigt uns, die Herausgabe von der Laune des Beklagten abhängig zu machen. Wenn mit den restitutorischen Interdikten schon vorher eine Erzwingung der Herausgabe sich sehr wohl vertrug, so wird dies schwerlich anders geworden sein, seitdem man gegen den Geständigen im Cognitionswege verfuhr.

Was von den restitutorischen, gilt ebenso von den exhibitorischen Interdikten. Und hier steht uns wiederum ein Ausspruch zur Seite betreffend die Vorzeigung einer Testamentsurkunde. Ulp. fr. 2 § 8 Testamenta quemadmodum 29, 3. Si quis non negans apud se tabulas esse non patiatur inspici et describi, omnimodo ad hoc compelletur.

Ulpian stellt in unserm fr. 6 § 2 mit den restitutorischen Interdikten alle restitutorischen Klagen auf gleiche Stufe. Von der formula petitoria sagt er: perinde habeberis, atque si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset. Wenn nun dem Satze quod quis confessus est pro iudicato habere die Bedeutung zukommt, daß die Herausgabe nötigenfalls erzwungen wurde; liegt es da nicht nahe, die Sache auch umgekehrt gelten zu lassen, und in dieser Beziehung den iudicatus gerade so wie einen confessus zu behandeln. Dann kämen wir zu folgendem Ergebnis. Bei allen restitutorischen Klagen, wo der Beklagte zur Herausgabe der Sache verurteilt wurde, kann diese Herausgabe nötigenfalls erzwungen werden. Nun finden wir in der That diese Regel bei Ulp. libro quinquagensimo

primo ad edictum fr. 68 de rei uind. 6, 1: haec sententia generalis est et ad omnia siue interdicta siue actiones in rem siue in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. Ich vermag nicht einzusehen, warum Ulpian im 51. Buche seines Edictscommentares nicht schon so geschrieben haben sollte. Wie ich den übrigen Inhalt der Stelle für echt halte — siehe oben § 42 S. 339 — so behaupte ich dasselbe für den Schlußsatz. Der Edictscommentar vom 51. Buche an könnte in die letzte Lebenszeit Ulpians, in die Regierung Elagabal's, wenn nicht gar Alexanders, also in die Jahre 218—228 fallen: siehe Fittting, Alter, S. 42; Das castrense peculium, S. XXXVI. Fitting legt unter anderm Gewicht auf Ulp. libro quinquagensimo secundo ad edictum fr. 5 § 25 Ut in poss. leg. 36, 4: constitutio autem diui Antonini. Mommsen, Zeitschr. für Rechtsgesch., Bd. 4 S. 110 hält dies diui freilich für Interpolation. Jedenfalls kann die Arbeit keine ununterbrochene gewesen sein: Pernice, Sitzungsberichte der Berliner Akademie, Jahrg. 1885 S. 444, 445. Nach Fitting scheint Abfassung und Veröffentlichung vom 36. bis 50. Buche unter Caracalla's Alleinregierung geschehen zu sein, also zwischen 212—217. Das Buch de omnibus tribunalibus ist um dieselbe Zeit geschrieben: Fitting a. a. O. S. 36. So wäre sehr wohl möglich: daß eine Ansicht, deren Vorboten erst in dem Buche de omnibus tribunalibus zu erkennen sind, in den ersten fünfzig Büchern des Edictscommentares noch nicht zu finden. Ebensowenig ist anzunehmen, daß diese neue Ansicht Ulpian's damals schon die Praxis beherrschte. Daraus erklärt sich Ulp. libro trigesimo quinto ad edictum fr. 3 § 2 de reb. eor. 27, 9. Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat, et magis est, ut pariat. haec enim alienatio non sponte tutorum fit. Hinsichtlich des Edictscommentares vom 9. bis zum 35. Buche spricht nach Fitting manches dafür, daß er 'unter Severus und Caracalla entworfen, aber am Anfange der Alleinregierung des Caracalla nochmals überarbeitet und veröffentlicht worden'.

Die Neuerung Ulpian's fiel auf fruchtbaren Boden. Sie wurde von der Praxis in einem allgemeineren Sinne gehandhabt. Dies beweisen die erweiternden Einfügungen — alia quacumque actione ciuili uel honoraria uel interdicto exhibitorio uel . . uel prohibitorio . . in his omnibus — die dann von den Compilatoren bestätigt wurden.

So hat denn das Interdiktum Unde ui seine Natur nie verändert. Es war und ist geblieben eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes. Der Kläger brauchte nicht sich in Geld abfinden zu lassen, soweit eine Herausgabe möglich. Die formula arbitraria setzte voraus Bereitwilligkeit zur Rückgabe. Hier bewegte sich der Streit in bescheideneren Grenzen: er drehte sich nicht um das Ob, sondern nur um das Wieviel.

Der Begriff Geständnis hat später eine Verallgemeinerung erfahren. Kaiser Marcus bestimmte zunächst für das Cognitionsverfahren, daß nicht nur, wer eine bestimmte Geldsumme eingeräumt, sondern jeder, der sich, zu welcher Leistung es auch sein mochte, schuldig bekannt hatte, als ein Verurteilter zu behandeln sei. Ulpian dehnte dies aus auf alle restitutorischen Klagen, insonderheit die Interdikte; und zwar in der Weise, daß dem Geständigen gegenüber das Cognitionsverfahren Platz greift. Damit war die formula arbitraria zu Grabe getragen.

γ) § 45. Die Besitzeskondiktion.

I. Die Ansicht von Bruns.

Bruns, Recht des Besitzes im Mittelalter, S. 27 flg., hat den Satz aufgestellt: daß außer den possessorischen Interdikten mehrere der Klagen, die allgemein zum Schutze gegen unbilligen Rechtsverlust dienen, auch benutzt seien zur Wiedererlangung verlornen Besitzes. Zum Belege sind unter sieben Nummern verschiedene Stellen beigebracht.

Das auffallendste Beispiel eines possessorischen Klagerechts unter den Interdikten soll die siebente Stelle enthalten: Ulp. fr. 23 § 2 ex quib. caus. 4, 6. Ich glaube nicht, daß es

nötig ist, die Stelle von etwas anderm als dem Ersitzungsbesitze zu verstehen, und habe in diesem Sinne bereits früher, § 35 S. 291, auf dieselbe Bezug genommen. Aber wenn man selbst der Bruns'schen Auffassung folgt, was beweist denn die Stelle? Ein Kriegsgefangener hat durch die Kriegsgefangenschaft seinen Besitz verloren, der dem Zurückgekehrten wieder zu verschaffen ist. Die Restitution haben wir uns nach Bruns' eignen Worten so zu denken: 'daß der Zurückgekehrte geradezu das interd. U. P. anstellt, und die Einrede des fehlenden Besitzes durch die Berufung auf Restitution wegen Gefangenschaft aufhebt.' Mich dünkt: wir sind auf diese Weise keineswegs von den possessorischen Interdikten losgekommen. Die Restitution war nur Mittel zum Zweck: wie durch allgemeines Edikt, so können die possessorischen Interdikte auch durch besonderes Dekret verliehen werden. Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bd. 5 S. 653 erklärt sich hier ebenfalls gegen Bruns, indem er possessio mit dem eigentumsähnlichen Besitzrecht an Provinzialgrundstücken in Verbindung bringt.

Unter Z. 6 werden zwei Stellen gebracht, die von der actio quod metus causa handeln: Ulp. fr. 9 pr., Paul. fr. 21 § 2 Quod metus causa 4, 2. Die letztere lautet: Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum uel simplum cum fructibus consequetur: aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest: abest autem nuda possessio cum suis fructibus. Nach meinem Dafürhalten sind Besitzesklagen solche, die ein körperliches Verhältnis von Mensch und Sache schützen bezw. herstellen. Wo ich mich in Geld abfinden lassen muß, wenn ich auch das Vierfache erhalte, versagt der Begriff.

Die erste Stelle bei Bruns ist Ulp. fr. 1 § 4 Uti possidetis 43, 17: et ut Pedius ait, omnis de possessione controuersia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus. restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem.

Schon die Glosse hat per actionem erläutert durch den Hinweis auf Kondiktionen: und zwar condictio indebiti bei Paulus fr. 15 § 1 de cond. indeb. 12, 6; condictio furtiua und deren Erweiterung bei Ulp. fr. 1 § 1 a. E., fr. 2 de condict. trit. 13. 3; condictio sine causa bei Ulp. fr. 4 § 1 de reb. cred. 12, 1. Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 1 S. 177 begnügt sich nicht mit diesen Besitzeskondiktionen, sondern glaubt vor allen Dingen an die rei uindicatio erinnern zu müssen.

Nach meinem Dafürhalten hat per actionem eine verschiedene Bedeutung, je nachdem wir dabei den Standpunkt Ulpian's oder Justinian's einnehmen. Ulpian bezw. Pedius hatte die formula arbitraria vor Augen, über die uns Gai. 4, 163 näher unterrichtet, und schrieb vermutlich gar nicht per actionem, sondern per formulam arbitrariam. Das per actionem der Justinianschen Compilatoren bringen wir am besten in Verbindung mit § 8 de interdictis 4, 15: perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. So schon in erster Linie die Glosse. Eine besondere Anwendung wäre die momentariae possessionis actio: Vac. poss., Bd. 1 S. 429.

Die übrigen Stellen sollen die condictio possessionis unmittelbar darthun. Ein Fall wird gefunden unter Z. 5 durch Verbindung von Ulp. fr. 46 mit Gai. fr. 6 de don. i. uir. 24, 1. Ulpian sagt: inter uirum et uxorem nec possessionis ulla donatio est. Dem beschenkten Ehegatten kann der Besitz abverlangt werden, mithin siegt er nicht im Uti possidetis bezw. Utrubi. Andere Rechtsgelehrte, z. B. Pedius, waren in dieser Beziehung abweichender Meinung: siehe oben § 22 S. 222. Gajus hat folgenden Satz: quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet. Vom Besitz ist gar nicht ausdrücklich die Rede. Wir sind ferner nicht unterrichtet, wie Gajus sich zu der hier eingreifenden Streitfrage stellte: er hätte füglich der Ansicht des Pedius folgen können. Schließlich fehlt dafür

aller Anhalt, daß bei der condictio an etwas anderes als ein Geldurteil zu denken sei.

Die jetzt noch bleibenden Stellen sind nach Brinz, Pand., Bd. 2[2] § 300 S. 508, 509 die einzigen, 'in denen es sich ausdrücklich um cond. poss. handelt.' Auf Ulp. fr. 1 § 1 i. f., fr. 2 de cond. trit. 13, 3 hat bereits die Glosse aufmerksam gemacht. Nicht bloß wer bestohlen oder beraubt, auch derjenige kann nach Sabinus kondicieren, welcher vom Grundstücke gewaltsam vertrieben; mag er nach Celsus Eigentümer oder Besitzer, z. B. als Pfandgläubiger, gewesen sein: sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait. Das voraufgehende et ita et Celsus ist als Glossem zu streichen. Naber, Mnemosyne, noua series uol. 20 pag. 106 verdächtigt die Worte si non sit. Beim Eigentum haben wir die condicto certae rei, beim Besitz die condictio incerti. Ulp. fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1: Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta sit. Dieses possessionem condicere ist indes an und für sich noch keine Besitzklage, sondern kann sein ein Geldverlangen. Wenn der Beklagte nicht gutwillig die Sache herausgiebt, und es daun zur Abschätzung des Besitzes gekommen wäre, so hätten wir immer noch keine Besitzesklage.

Unter Z. 3 wird angeführt Ulp. ad Sabinum fr. 25 pr. § 1 de furtis 47, 2: Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse. Unde quaeritur, si quis de fundo ui deiectus sit, an condici ei possit, qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili subrepta. Hier bildet possessionem einen Gegensatz zur beweglichen Sache. Es heißt gar nicht Besitz, sondern Grundstück. Nicht eine condictio incerti wegen Besitzes, sondern eine condictio certae rei wegen Eigentums steht in Frage.

Die letzte ebenfalls schon in der Glosse angemerkte Stelle ist Paulus fr. 15 § 1 de cond. indeb. 12, 6: Sed et si

nummi alieni dati sint, condictio competet, ut uel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. Hat jemand mit fremden Geldstücken eine Nichtschuld bezahlt, so kann er diese Geldstücke zurückverlangen: versteht sich, wenn sie noch vorhanden, nicht schon mit andern vermischt oder ausgegeben sind. Bruns, Besitzklagen, S. 201, sowie Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 652 denken an Bezahlung einer Schuld, allein der Zusammenhang weist auf die Nichtschuld hin. Vgl. schon Glück, Pand., Bd. 13 S. 193. Dem Pomponius wird diese condictio possessionis noch nicht bekannt gewesen sein. Pomp. fr. 19 § 2 de cond. indeb. 12, 6: Si falso existimans debere nummos soluero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt, eius summae partem dimidiam, non corporum condicam. Uebrigens ist unsere Stelle kaum fehlerfrei überliefert. Vor uel possessio scheint uel tantundem ausgefallen zu sein: vgl. Marcianus fr. 25 de praescr. uerb. 19, 5; Pomp. fr. 7 de cond. indeb. 12, 6; Paul. fr. 65 § 6 ebendaselbst. Was die Natur dieser condictio possessionis anbetrifft, so will nicht recht einleuchten, wie sich auf Grund derartiger Fälle ein Bedürfnis nach einem besondern Besitzesschutze hätte entwickeln sollen. Wer fremde Geldstücke annimmt, pflegt sie nicht lange unvermischt zu behalten. Eher könnte schon das zweite Beispiel auf Besitzesschutz hinweisen. Aber ein zwingender Grund, vom Geldurteil abzusehen, liegt ebenfalls nicht vor.

So hat denn Bruns seine Auffassung, daß die Besitzeskondiktion zur Besitzlehre gehöre, nicht bewiesen. In seinen Besitzklagen S. 185 flg. kommt er auf den Gegenstand zurück. Er bemerkt, für seine Ansicht allgemeine Zustimmung gefunden zu haben. Unter andern hat sich ihm Windscheid, Pand., Bd. 1 § 161 angeschlossen. Widerspruch stellt entgegen, ohne denselben freilich näher zu begründen, Dernburg, Pand., Bd. 1 § 188 Nr. 3: Besitz, welchen ein anderer ohne Rechtsgrund von uns erlangte, kann kondiciert werden. Diese Kondiktion ist aber nicht zu den Besitzklagen zu zählen.' Gegen

die zu weite Ausdehnung, welche Bruns und Windscheid für die condictio possessionis in Anspruch nehmen, Bolze, Archiv für die civ. Pr., Bd. 79 S. 206 flg.

Von Windscheid entnimmt Bruns zwei weitere Beweisstellen. Ulp. fr. 4 § 2 de reb. cred. 12, 1: Ea, quae ui fluminum importata sunt, condici possunt. Iulianus fr. 19 § 2 de precario 43, 26: Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possimus, sed et incerti condictione, id est praescriptis uerbis. Gegen die Heranziehung beider Stellen hat sich Brinz a. a. O. erklärt. Bekker, Kr. Vierteljahrsschr., Bd 18 S. 29, 30 läßt wenigstens fr. 19 § 2 de prec. fallen, möchte aber hinzufügen Ulp. fr. 4 § 1 de reb. reb. cred. 12, 1: Res pignori data pecunia soluta condici potest. Letztere Stelle ist schon von der Glosse benutzt. Bei allen dreien ist jedenfalls von einem condicere possessionem nirgends die Rede. Hinsichtlich des fr. 19 § 2 de prec. werde ich darauf zurückkommen, inwiefern wir es hier mit einer späteren Rechtsbildung zu thun haben.

Wegen anderer Stellen, auf welche man die condictio possessionis gestützt hat — z. B. Tryph. fr. 31 § 1 i. f. Depositi 16, 3; Iul. fr. 13 pr; Paul. fr. 33 de mortis causa don. 39, 6 — vgl. Trampedach, Ztschr. für Rechtsgesch., Bd. 30 R.A. S. 97 flg. Dieser Schriftsteller unterscheidet zwischen einer condictio possessionis bei Besitzübertragung und einer solchen beim furtum. Eine größere Bedeutung soll indes die condictio possessionis weder in der einen noch der andern Gestalt gewonnen haben.

Ubbelohde, Fortſ. von Glück, Bd. 5 S. 154 schließt aus der 'Dürftigkeit der Quellenaussprüche über den Besitzschutz durch actiones', 'daß ihm die Römer eine erhebliche Bedeutung nicht beigelegt haben'. Eben diese Dürftigkeit ist nach Ubbelohde der Grund für die vielen Streitfragen, über welche von ihm eingehend berichtet wird.

Ich gelange zu folgendem Ergebnis. Allerdings giebt es ein condicere possessionem. Dasselbe wird aber ausdrücklich nur durch zwei Stellen bezeugt. In welchen Stellen

man dieses condicere sonst noch voraussetzen darf, ist ein sehr zweifelhafter Punkt. Von den beiden sichern Stellen bringt uns Ulp. fr. 2 de cond. trit. 13, 3 eine Erweiterung der condictio furtiua. Bei Paul. fr. 15 § 1 de cond. ind. 12, 6 zwei Beispiele einer condictio indebiti: eine Nichtschuld ist mit fremden Geldstücken bezahlt; jemand überträgt Besitz in der Meinung, hierzu verpflichtet zu sein. Den letzteren Fall kann man sich etwa so ausgestalten: A hat dem Gläubiger des Schuldners X versprochen, für die Schuld des X ein Faustpfand zu bestellen; er übergiebt das Faustpfand, als die Schuld schon bezahlt war.

II. Condictio incerti.

Mag aber die Klage selber gar nicht zweifelhaft sein — eine weitere Frage ist die, ob dieses condicere possessionem als Besitzklage aufzufassen. Die Antwort hängt von der Beantwortung einer Vorfrage ab: was verstanden die Römer unter einer Besitzklage? Nach meinem Dafürhalten war Zweck der possessorischen Interdikte, ein körperliches Verhältnis zu schützen bezw. herzustellen; sie bilden einen Gegensatz zu den auf Geld gerichteten Klagen: siehe oben § 42 S. 331 flg. Von diesem Gesichtspunkte aus wäre darzuthun, daß die condictio possessionis dem Kläger die Sache selber verschafft hätte.

Dieser Beweis ist bisher nicht einmal versucht worden, er scheint für das klassische Recht seine großen Schwierigkeiten zu haben. Indessen die unmittelbare Erzwingbarkeit einer Sachleistung hat bei den Römern im Laufe der Zeit Fortschritte gemacht; vielleicht wäre sie doch eine Möglichkeit gewesen. Zunächst ist eine weitere Vorfrage zu erledigen.

Die condictio possessionis haben wir uns als condictio incerti vorzustellen. Dies ergiebt eine Vergleichung von fr. 2 de cond. trit. 13, 3 mit fr. 12 § 2 de cond. furtiua 13, 1. Ueber die Fassung der formula bei condictio incerti gehen die Ansichten auseinander: Trampedach a. a. O. S. 126 flg. Meines Erachtens müssen wir uns vor allen Dingen an Gai. 4, 131. 136. 137 anlehnen. Zwar steht hier ein actio

incerta in Frage, die von der condictio incerti auseinanderzuhalten. Aber da bei beiden ein incertum vorhanden, dürfte eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, daß die Behandlung keine wesentlich verschiedene war.

Die Formeln auf Grund obiger Gajusstellen sind von mir, Präscriptio und Pactum S. 7 flg., so gebildet.

Die ältere. Iudex esto. Ea res agatur, cuius rei dies fuit. Quod A^s A^s de N^o N^o incertum stipulatus est, quidquid paret N^m N^m A^o A^o d. f. o. eius iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Die jüngere. Iudex esto. Quod A^s A^s de N^o N^o incertum est stipulatus ex mutuo, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet et reliqua.

Bei der alten Formel haben wir getrennte Präscriptio und Demonstratio, bei der jüngern ist die Präscriptio der Demonstratio einverleibt worden. Umgekehrt hat im § 137 bei der Klage gegen den sponsor und fideiussor die Präscriptio die Demonstratio in sich aufgenommen.

Baron, Condictionen, S. 229 beruft sich auf vier Formelbestandteile: quanti operas essem conducturus bei Ulp. fr. 26 § 12 de cond. ind. 12, 6; quanti tu conducturus fuisses bei Paul. fr. 65 § 7 ebendaselbst; ut mihi acceptum faciat stipulationem bei Iul. fr. 2 § 3 de don. 39, 5; ut patiaris eam seruitutem, quam debuit, imponi bei Paul. fr. 8 pr. de act. empt. 19, 1. Alles dies wird in die Intention hinein verarbeitet, und wir erhalten Intentionen einerseits in ius gefaßt, aber dabei von einer Genauigkeit, wofür es sonst an Beispielen fehlt. Ferner ist die Intentio mit facere oportere ein sehr fragwürdiges Ding. Vgl. Lenel, Ed., S. 122.

Baron teilt diese Formelstücke schon selber in zwei Klassen. Sie werden einen ganz verschiedenen Platz gehabt haben. Die beiden ersten überweise ich der condemnatio. Also etwa Iudex N^m N^m A^o A^o dumtaxat quanti N^s N^s conducturus fuisset condemna. Den Gegensatz bildet quanti ab A^o A^o

locari potuisset, diesen Maßstab sollte der Richter nicht anlegen. Die andern beiden mit ihrem ut verraten unverkennbar die Präscriptio.

Für dieses ut bezw. ne als Merkmal der Präscriptio habe ich, Präscriptio und Pactum S. 50, 51, eine Reihe von Beispielen beigebracht. Weitere Beläge wären: Scaeu. fr. 52 pr. de act. empti 19, 1: ut instrumenta . . exhibeantur. Pap. fr. 28 Com. diu. 10, 3: ne quid faciat. Ulp. Iul. fr. 15 § 9 Locati 19, 2: ut quis locatione liberetur. Ulp. Labeo fr. 19 § 4 daselbst: ut ei tollere liceat. Paul. fr. 26 de seru. praed. urb. 8, 2: ut id opus quod fecit tollat.

Man könnte einwenden, daß bei den Präscriptionen, welche Gai. 4, 131. 131[a] bringt, kein ut vorkomme. Aber wäre im einzelnen Falle Ea res agatur de fundo mancipando genügend gewesen? Ein weiterer, das Einzelne erläuternder Zusatz ist kaum zu entbehren. Dieser hätte füglich lauten können: ut A° A° a N° N° fundus Cornelianus mancipio detur.

Für die beiden letztern Formelstücke bei Baron hätte ich demnach folgende Verwendung: Ea res agatur de acceptilatione, ut N[s] N[s] A° A° acceptam faciat stipulationem. Ea res agatur de seruitute imponenda, ut patiatur N[s] N[s] fundo Corneliano eam seruitutem quam debuit ab A° A° imponi.

Insonderheit fehlt es nicht an Spuren für eine Präscriptio bei der condictio incerti. Marcianus fr. 35 de seru. praed. urb. 8, 2 Lenel n. 238: Si binarum aedium dominus dixisset eas quas uenderet seruas fore, sed in mancipio non fecisset mentionem seruitutis, uel ex uendito agere potest uel incertum condicere, ut seruitus imponatur. Hier ist eine doppelte Klagemöglichkeit gegeben: entweder ex uendito oder condictio incerti wegen eines indebitum. Für die Klage ex uendito können wir die Präscriptio nicht entbehren, und das incertum condicere wird kaum anders behandelt sein. Demnach in beiden Fällen eine Präscriptio Ea res agatur, ut seruitus imponatur.

Aehnlich Pomp. fr. 22 § 1 de cond. indeb. 12, 6 Lenel n. 602: Cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem mancipaui: incerti condicam, ut iter mihi concedatur. Präscriptio Ea res agatur ut iter A° A° a N° N° concedatur oder vielmehr in iure cedatur, vgl. Pernice, Labeo, Bd. 3 S. 205.

Präscriptionen, gerichtet auf Aufhebung einer Verpflichtung. Iulianus fr. 3 de cond. s. c. 12, 7: incerti condictione consequi possunt ut liberentur. Iul. fr. 46 pr. de iure dot. 23, 3 Lenel n. 269: incerti condictione consecuturam, ut promissione liberetur. Statt promissione schrieb Julian dictione. Zu weit gehend in Annahme von Interpolationen Pernice a. a. O. S. 206 Anm. 1. Ulp. Iul. fr. 7 pr. § 1 de doli mali 44, 4: condictio mihi aduersus stipulatorem competit, ut me liberet . . agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem. Paul. fr. 5 § 1 de act. empti 19, 1: Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur. Ulp. fr. 8 § 2 ad S. C. Vell. 16, 1: condicere . . liberationem. Paul. fr. 5 § 5 de doli mali 44, 4: condictione tenetur debitor qui delegauit uel mulier, ut uel liberet debitorem. Ulp. fr. 1 pr. Ut in poss. 36, 4: an repeti satis datio ista (ita) possit, ut heres condicat liberationem? Tryph. fr. 76 de iure dotium 23, 3: remittatur obligatio per condictionem. c. 1 de calc. err. 2, 5 vom Jahre 293: condictio liberationis.

Wir haben teils ein condicere liberationem, teils ein ut liberet. Dem könnte entsprechen Ea res agatur de liberatione, ut N^s N^s A^m A^m liberet.

Zahlungsversprechen. Ulp. fr. 3 § 10 Si cui plus 35, 3: an condici possit, ut cautio ista interponatur. Andererseits cautionem, stipulationem, obligationem condicere: Ulp. fr. 5 § 1 de usu fructu ear. rer. 7, 5; fr. 7 pr. Usu fructuarius quemadm. 7, 9; fr. 1 pr. de cond. sine causa 12, 7; Ulp. Pomp. fr. 16 § 2 de min. 4, 4. Daß diese Ausdrucksweise überall interpoliert sei, kann man Pernice

kaum zugeben: vgl. Trampedach a. a. O. S. 145, 146. Freilich enthält Ulp. fr. 5 § 1 de usu fr. ear. rer. 7, 5 spätere Einfügungen.

Nach Pernice a. a. O. S. 209 soll sich die cond. incerti an die condictio triticaria anlehnen und sich von dieser nicht allzuweit entfernt haben, das geschähe durch jede Art von Präscription. Lehnt sich denn die Klage aus stipulatio incerta nicht auch an die Klage aus stipulatio certa? Pernice meint: hier hätten wir verschiedene Namen für die Klagen, während man andererseits dieselbe Bezeichnung beibehalten habe. Aber ist es nicht ein ganz natürlicher Hergang: daß man eine condictio indebiti auch dann noch condictio nannte, als sie bei mehr unbestimmten Leistungen zugelassen wurde? Der Zusatz incerti sorgte hinlänglich dafür, den Gegensatz zum Ausdruck zu bringen. Allerdings spricht Gai. 4, 131[a] von actio incerta, aber 4, 13 doch auch von actio certae creditae pecuniae. Was endlich die allzuweite Entfernung durch jede Art von Präscriptio anbetrifft, so hätte dieselbe zunächst bloß möglicher Zusatz sein können, den man der Demonstratio voranstellte.

Während Pernice die nähere Fassung der Formel auf sich beruhen läßt, tritt Trampedach a. a. O. S. 132, wie schon Baron a. a. O. S. 230, für quanti ea res ein. Er beruft sich auf die condictio furtiua; aber gerade diese ist geeignet, uns vom Gegenteil zu überzeugen. Hier haben wir nach Gai. 4, 4 ein dare oportere und demgemäß ein quanti ea res anzunehmen. Dieses quanti ea res ist von Julian und Paulus nach fr. 3 de cond. furt. 13, 1 so ausgedehnt worden, daß es auch das Interesse umfaßte. Darum ist aber die condictio furtiua immer äußerlich eine condictio auf res certa geblieben, noch in den Justinian'schen Institutionen § 14 de act. 4, 6 begegnet uns das dare oportere. Nun wird andererseits in fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1 dem bestohlenen Pfandgläubiger eine incerti condictio eingeräumt. Also muß die Fassung doch eine verschiedene gewesen sein.

III. Die Interpolationen.

Ich trete jetzt näher an die Frage der Interpolation heran. Nach Trampedach a. a. O. S. 135 flg. soll die incerti condictio überall erst von den Compilatoren eingefügt sein. Dieselbe Ansicht hat vor ihm schon Naber a. a. O. S. 194 flg. verteidigt. Naber begnügt sich nicht mit dem Ausmerzen der condictio certi und incerti, sondern verwirft auch die condictio triticiaria.

Iulianus fr. 2 § 3 de don. 39, 5: praeterea incerti condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem wird verdächtigt auf Grund von Ulp. fr. 7 pr. de doli mali 44, 4: praeterea condictio mihi aduersus stipulatorem competit, ut me liberet. Ebenso bei Iulianus fr. 2 § 4 de don. 39, 5 incerti vor agendum, weil es bei Ulp. fr. 7 § 1 de doli mali 44, 4 fehlt. Läge denn die Annahme nicht näher, daß Ulpian den Julian ungenau wiedergegeben hätte?

Mehr Bedenken erregt eine andere Stelle. Paul. fr. 12 de nou. 46, 2 wird nicht gesagt haben: uel incerti, si non pecunia soluta esset, uel certi, si soluta esset. In einer verwandten Stelle, Paul. fr. 5 § 5 de doli mali 44, 4 heißt es: condictione tenetur . . ut uel liberet debitorem uel, si soluit, ut pecunia ei reddatur. Auch wird bei Ulp. fr. 5 § 1 de usu fr. ear. 7, 5 sed si quidem . . quantitatem eingeschaltet sein: Gradenwitz, Interpolationen, S. 27, 28. Aber wenn einige s die Eigenschaft p besitzen, so kommt die Eigenschaft p darum noch nicht allen s zu.

Iulianus fr. 19 § 2 de prec. 43, 26 ist zwar von dem id est praescriptis uerbis zu befreien, ob aber auch vom incerti condictione? Wenn anderes in einer Stelle interpoliert, braucht sich darum die Interpolation nicht mit auf die incerti condictio zu erstrecken. Es bleiben noch nach folgende Stellen, die meines Erachtens kaum zu beanstanden: Pomp. fr. 22 § 1 de cond. ind. 12, 6 incerti condicam; Paul. fr. 5 § 1 de act. empti 19, 1 Pomponius etiam incerti

condicere eum posse ait, ut liberetur; Ulp. fr. 16 § 2 de min. 4, 4 Pomponius adicit, quod potuit incerti condici haec cautio; Iul. fr. 46 pr. de iure dot. 23, 3 incerti condictione consecuturam; Iul. fr. 60 Leg. 1 incerti condictio ei competit; Marcianus fr. 40 § 1 de cond. ind. 12, 6 posse incerti condici; Marcianus fr. 35 de seru. praed. urb. 8, 2 incertum condicere; Paul. fr. 8 pr. de act. empti 19, 1 condictio incerti competit; Ulp. fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1 Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert . . incerti condictione acturum; Iul. fr. 3 de cond. sine causa 12, 7 Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt ut liberentur. In der letzten Stelle ist das Ende von ueluti an allerdings später hinzugekommen, vgl. Eisele, Zeitschr. für Rechtsgesch., Bd. 24 S. 17.

Naber Mnemosyne a. a. O. S. 102 flg. läßt Julian in fr. 46 pr. de iure dotium 23, 3 statt incerti condictione schreiben incerta formula. Ebenso in fr. 2 § 3 de don. 39, 5 und fr. 19 § 2 de prec. 43, 26. In fr. 60 Leg. 1 soll incerti zurückgehen auf Tribonian. Dasselbe wird S. 195 flg. behauptet von dem incerti bei Ulp. fr. 12 § 2 de cond. furtiua 13, 1; bei Pomp. fr. 22 § 1 de cond. ind. 12, 6; bei Paul. fr. 5 § 1 de act. empti 19, 1; bei Marcian. fr. 40 § 1 de cond. ind. 12, 6; sowie dem incertum bei Marcian. fr. 35 de seru. praed. urb. 8, 2.

Als einen schwerwiegenden Grund macht Trampedach a. a. O. S. 148 geltend: 'Die compilatorische Schöpfung der condictio certi ist so gut wie festgestellt. Die Bezeichnung als condictio certi kann sich logischerweise doch nur durch ihr natürliches Gegenstück, die condictio incerti, erklären. Wäre die letztere klassisch, so müßte begrifflich auch ihre logische Ergänzung, die condictio certi, klassisch sein.' Das ist ein Fehlschluß. Die Bezeichnung condictio incerti hätte füglich eher aufkommen können, als die von condictio certi. Seit alter Zeit gab es eine condictio von certa pecunia und certa res: Gai. 4, 18. Es entstehen weitere Fälle, die sich weder

der certa res noch der certa pecunia unterordnen. Hier stellt sich ein das incertum bezw. incerti condicere sowie die incerti condictio. Dieser Sprachgebrauch könnte füglich schon der klassischen Zeit angehören, während die gegensätzliche Bezeichnung der certi condictio erst in nachklassischer Zeit gebildet wäre. Nach Naber Mnemosyne noua series uol. 20 pag. 193; Pernice, Parerga VII, Ztschr. für Rechtsgesch. R. A. Bd. 26 S. 252 kommt certi condictio nur zweimal in den Pandekten vor — Ulp. fr. 9 pr. de reb. cred. 12, 1; Paul. fr. 12 de nou. 46, 2 — und ist beide Male interpoliert.

Pflüger, Ztschr. für Rechtsgesch., R. A. Bd. 31 S. 75 flg. macht Trampedach den Vorwurf der Halbheit. Pflüger sucht den Nachweis zu führen: 'daß abgesehen von der actio ex stipulatu . . die intentio einer klassischen condictio immer nur auf ein certum gerichtet zu denken ist, eine certa pecunia oder alia certa res; und daß alle Aussprüche römischer Juristen, die dem zu widersprechen scheinen, entweder durch Interpolationen gefälscht oder aber einer duplex interpretatio zugänglich sind'.

In den Vordergrund wird S. 78 gestellt Ulp. fr. 3 § 10 Si cui plus 35, 3: Si legatum fuerit praestitum ante interpositam hanc stipulationem, an condici possit, ut cautio ista interponatur? mouet quaestionem, quod ea, quae per errorem omissa uel soluta sunt, condici possunt. et hic ergo quasi plus solutum uidetur ex eo, quod cautio intermissa est. et ait Pomponius condictionem interponendae satisdationis gratia competere et puto hoc probandum quod Pomponius, utilitatis gratia.

Das Falcidische Gesetz räumte dem Erben die Befugnis ein, ein Viertel der Erbschaft zu behalten. Wie wurde dieses Gesetz geltend gemacht? Die Antwort scheint einfach zu sein: durch eine Einrede. Aber es gab keine exceptio legis Falcidiae: siehe Mora des Schuldners, Bd. 1 S. 357 flg. Und das hatte seinen guten Grund.

Gegenstand des Legates war regelmäßig — in alter Zeit immer — eine bestimmte Sache, eine bestimmte Summe. Hätte

der Prätor der Legatenklage gegenüber auf Grund des Falcidischen Gesetzes eine exceptio gegeben, was würde der Erfolg gewesen sein? Falls sich der Richter von der Verletzung des Falcidischen Gesetzes überzeugt hätte, keine teilweise Verurteilung, sondern völlige Freisprechung.

Der Abzug mußte bereits vor der Formelerteilung erfolgen. Dies besagt der Satz: legata per legem Falcidiam ipso iure minuuntur. Vgl. Jhering, Geist des röm. Rts., Bd. 3 [2] S. 72 flg.

Bei dinglichen Ansprüchen half der Prätor auch dadurch, daß er eine incertae partis uindicatio gestattete, also den fraglichen Anspruch dem Gebiete der plus petitio entrückte. Gai. fr. 76 § 1 de rei uind. 6, 1. Hinter talis dabitur actio wird gestrichen sein: quantam partem paret in eo homine quo de agitur actoris esse; siehe Gai. 4, 54. Vgl. ferner Paul. fr. 8 § 1 comm. diu. 10, 3.

Wie nun, wenn die Sache zweifelhaft war: ob es überall zum Abzuge des Falcidischen Viertels kommen werde? Hier gab der Prätor dem Erben einen Anspruch auf Sicherheitsleistung.

In unserer Stelle hat der Erbe das Legat ausgezahlt ohne vorherige Sicherstellung. Ist ihm nachträglich zu helfen? Der überlieferte Text gewährt eine Kondiktion auf Sicherheitsleistung, also eine condictio incerti.

Um diese Stelle seinem Standpunkte anzupassen, wirft Pflüger die Worte omissa uel bei Seite. Allein das mouet quaestionem fordert gebieterisch ein omissa.

Im übrigen ist der Satz mouet quaestionem . . condici possunt, wie er dasteht, kaum zu verstehen. Ich glaube selber an eine Interpolation. Der ursprüngliche Text wird etwa gelautet haben: mouet quaestionem quod ea, quae per errorem omissa ⟨sunt condici non possunt. ea autem quae⟩ soluta sunt condici possunt.

Das Bedenken geht zurück auf den Satz, den uns Pomponius bringt fr. 51 de cond. ind. 12, 6: Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non

habemus. ea si soluerimus, repetere non possumus. Dieser Satz ist für die Pflüger'sche Beweisführung ein solches Hindernis, daß er sich S. 88 genötigt sieht, das zweite non zu streichen. Aber derselbe Sinn liegt zu Grunde bei Pomp. fr. 22 ad S. C. Treb. 36, 1: similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt.

Ulpian machte das Bedenken geltend, daß Unterlassenes nicht kondiziert werden könne. Er gelangt aber auf einem Umwege dazu, indem er die Sache auffaßt vom Gesichtspunkte eines quasi plus solutum. Das ist nun freilich kein sehr klarer Gedanke, wie denn das quasi überhaupt die Sache ins Gebiet des Unklaren verweist: siehe oben § 1 S. 1. Die Interpolation geht dann den geraden Weg, indem sie sagt: omissa condici possunt.

Pflüger bezieht das condici possunt auf das Legat, das als indebitum solutum mit der condictio certae pecuniae oder certae rei zurückgefordert werden könne. Wie verträgt sich das mit den Grundsätzen der plus petitio? Ein quasi plus solutum ist jedenfalls etwas anderes als Bezahlung einer ganzen Nichtschuld. Auch soll ja ausdrücklich kondiziert werden: ut cautio ista interponatur, interponendae satisdationis gratia.

Nach Pflüger wollen diese Wendungen nur sagen: 'daß das Legat nicht um seiner selbst willen, sondern nur deshalb kondiziert werden soll, um mit der Möglichkeit der Retention das Mittel zur Erlangung der versäumten Sicherheit wieder in die Hand zu bekommen'.

Daß es Klagen giebt, mit denen eine Sache zurückgefordert werden kann, um an derselben ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben, soll nicht bestritten werden. Hierher gehört z. B. Scaeuola fr. 26 ad leg. Falc. 35, 2: posse heredem consequi, ut ei restituatur. Man pflegt dabei an das Quod legatorum zu denken, obwohl Ubbelohde, Forts., Bd. 3 S. 181 flg. in dieser Beziehung Bedenken äußert. Jedenfalls ließ sich mit dem Quod legatorum ein derartiger Erfolg erreichen. — Aehnlich liegt die Sache bei Pomp. fr. 22 ad

S. C. Treb. 36, 1: sed posse eum rerum hereditariarum possessionem uel repetere uel nancisci. Daß aber die condictio auf certa res bezw. pecunia hierzu tauglich gewesen, muß ich bestreiten.

Denn wenn man sich einen Richter vorstellt, der auf Grund eines einfachen Si paret Nm Nm Ao Ao certam rem certam pecuniam dare oportere zu Werke gehen sollte, und dem gegenüber der Beklagte sich auf das Testament berief — was hätte der wohl anders thun sollen als: freisprechen?

Meines Erachtens weist das ut wie das gratia unverkennbar auf eine praescriptio hin. Wir haben damit gleichzeitig das Material, um mit Leichtigkeit die Formel bilden zu können. Sie wird etwa gelautet haben: Ea res agatur interponendae satisdationis gratia, ut a No No Ao Ao cautio interponatur, quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet et rel. Vgl. oben S. 392.

Pflüger beruft sich weiter auf Pap. quaest. fr. 7 § 4 de dote prael. 33, 4, wo von einem ähnlichen Falle gesagt wird: ut indebitum fideicommissum non repeteretur. Darin soll der Beweis liegen, 'daß die widerlegte Ansicht bestanden hat'. Das wäre zunächst eine bloße Möglichkeit, vielleicht äußerte ein Schüler diese Ansicht. Ferner folgt aus dem bloßen Bestehen noch nicht, daß die Ansicht in den Pandekten Platz gefunden hätte. Jedenfalls hat Pomponius in fr. 3 § 10 Si cui plus diese Ansicht nicht geäußert, wenn es hier heißt: et ait Pomponius condictionem interponendae satisdationis gratia competere.

In der weiter herangezogenen Stelle fr. 1 § 11 ad leg. Falc. 35, 2 von Paulus verstehe ich die actio, ut id quod supra dodrantem est offeratur, von der incertae rei uindicatio. Ebenso in fr. 26 ebenda von Scävola das uindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere.

Wie man den Schwierigkeiten, welche die Grundsätze der plus petitio bereiteten, beim Falcidischen Viertel zu begegnen wußte, in dieser Beziehung ist ferner sehr lehrreich die Behand-

lung des unteilbaren Legates: Gai. fr. 80 § 1 ad leg. Falc. 35, 2; Paul. fr. 5 § 1 de doli mali 44, 4. Wegen der Fideicommisse vgl. Ulp. fr. 1 § 6 Si cui plus 35, 3; c. 9 ad leg. Falc. 6, 50 vom J. 238. Hier begegnen wir dem arbiter. Wegen Schenkungen Todes halber Ulp. fr. 1 § 5 Quod leg. 43, 3; Pap. fr. 77 §§ 2. 6 Leg. 2; c. 18 § 1 ad leg. Falc. 6, 50 vom J. 531. Hier stoßen wir auf eine in factum actio.

Bei Pomp. fr. 22 § 1 de cond. ind. 12, 6: incerti condicam ut iter mihi concedatur (in iure cedatur) — soll incerti interpoliert sein. S. 85: 'Das einzige Argument ist . . der Hinweis auf l. 3 § 10 D. 33, 4.' Was es mit diesem Argumente auf sich habe, wissen wir jetzt. Zudem ist es eine starke Zumutung, ein condicere ut iter mihi in iure cedatur als fundum condicere aufzufassen.

Ebenso unzulässig ist dies hinsichtlich der 'condictio . . ut patiaris eam seruitutem quam debuit imponi' bei Paul. fr. 8 pr. de act. empti 19, 1. Siehe oben S. 396.

Sehr bemerkenswert ist Marcianus fr. 35 de seru. pr. urb. 8, 2: Si binarum aedium dominus dixisset eas quas uenderet seruas fore, sed in traditione (mancipatione) non fecisset mentionem seruitutis, uel ex uendito agere potest uel incertum condicere, ut seruitus imponatur.

Nach Pflüger S. 86 soll incertum für fundum interpoliert sein.

Allein von der Verkaufsklage können wir eine Präscription nicht ferne halten, die etwa so zu fassen: Ea res agatur de seruitute imponenda ut a N° N° aedibus A' A' seruitus imponatur. Bei der engen Verbindung, in der uns das ex uendito agere mit dem condicere entgegentritt, wird dieses schwerlich anders zu behandeln sein. Siehe oben S. 392. Und das incertum ist um so mehr für echt zu halten, als sonst überall incerti interpoliert worden.

Mit andern Stellen geht Pflüger noch willkürlicher um. S. 104 wird Ulp. fr. 1 pr. Ut in poss. 36, 4 auf die fiducia bezogen und S. 108 Paul. fr. 15 § 1 de cond. ind. 12, 6 auf das Utrubi.

Diesem allem zufolge ist die Beweisführung Pflüger's sehr zu beanstanden. Es wird dabei bleiben müssen: an einigen Stellen ist die condictio incerti interpoliert, nicht überall; jedenfalls war die condictio incerti sachlich schon zur klassischen Zeit vorhanden.

Meines Erachtens verhält es sich mit Interpolation und Sprachgebrauch folgendermaßen.

Soviel wir sehen, geht die incerti condictio zurück auf Aristo bezw. Neratius bei Ulp. fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1. Bei Julian treffen wir sie sechsmal an: fr. 2 §§ 3. 4 de don. 39, 5; fr. 19 § 2 de prec. 43, 26; fr. 60 de leg. 1; fr. 3 de cond. sine causa 12, 7; fr. 46 pr. de iure dot. 23, 3. Pomponius bringt sie fr. 22 § 1 de cond. ind. 12, 6, ferner bei Ulp. fr. 16 § 2 de min. 4, 4 und bei Paul. fr. 5 § 1 de act. empti 19, 1. Marcian kommt mit zwei Stellen in Betracht: fr. 40 § 1 de cond. ind. 12, 6; fr. 35 de seru. praed. urb. 8, 2. Paulus hat sie nur einmal fr. 8 pr. de act. empti 19, 1. Ulpian meidet den Ausdruck offensichtlich; wir finden ihn nur, wo er aus andern abschreibt und selbst hier läßt er incerti zuweilen als überflüssig fort, z. B. de doli mali 44, 4. Dann taucht die condictio incerti in der nachklassischen Wissenschaft wieder auf, wie die drei interpolierten Stellen darthun: Ulp. fr. 5 § 1 de usu fructu earum rerum 7, 5; Paul. fr. 12 de nou. 46, 2; Iul. fr. 3 de cond. sine causa 12, 7 a. E.

Daß Ulpian dem Sprachgebrauche des Julian, Pomponius und anderer nicht folgte, fällt sehr ins Gewicht, da die Pandekten zu einem ganzen Dritteil aus Ulpian bestehen. Das ist aber noch kein Grund, den Sprachgebrauch der früheren Rechtsgelehrten anzufechten. Und wenn dieser frühere Sprachgebrauch später in den Interpolationen wieder auftaucht, so ist das ebenfalls sehr begreiflich. Es wird dies zusammenhängen mit einer Entwicklung, welche die Begriffe certum und incertum durchgemacht haben, woraus schließlich eine eigenartige certi condictio hervorging. Vgl. Mora des Schuldners, Bd. 2 S. 495 flg., und neuerdings Mitteis, Zur Lehre von der

sog. condictio generalis in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 39 S. 153 flg. Was hätte man dieser certi condictio wohl passender gegenüberstellen können als die in der älteren Litteratur bereits ausgebildete incerti condictio? In der nachklassischen Zeit hat auch noch eine Bewegung stattgefunden.

Denn was die Interpolationen im allgemeinen anbetrifft, so ist sehr zu beherzigen, worauf ich bereits an anderer Stelle hingewiesen habe, Präscriptio und Pactum S. 78 flg.: die Interpolationen sind nur zum kleinen Teile Erfindungen der Kompilatoren. Trampedach läßt sie alle erst von diesen herrühren, während Pflüger a. a. O. S. 81 schon eine vorjustinianische Praxis vorschwebt. In den Interpolationen sind uns zugleich die Bausteine erhalten für eine Geschichte der vorjustinianischen, aber nachklassischen Wissenschaft und Praxis.

Unter diesen Gesichtspunkt sind ebenfalls die Interpolationen zu stellen, denen wir soeben begegneten. Von einem incertum, incerti condicere sprach man schon in der klassischen Zeit, wie auch von einem incerti agere, vgl. Ulp. Celsus fr. 3 Si quis in ius uocatus 2, 5. Aber man hatte es nicht für nötig befunden, dies überall besonders anzumerken, wo eine Kondiktion dieser Art gegeben wurde. Hier nahm die nachklassische Wissenschaft eine Erweiterung vor. Die Schüler wurden hierauf besonders aufmerksam gemacht. Die Regel in fr. 12 de nou. 46, 2 is qui delegauit tenetur condictione uel incerti, si non pecunia soluta esset, uel certi, si soluta esset ist nachklassische Weisheit. Dasselbe gilt von der Einschaltung sed si quidem . . quantitatem bei Ulp. fr. 5 § 1 de usu fructu earum rer. 7, 5. Das Beispiel in fr. 3 de cond. sine causa 12, 7 ist Schülern zur Veranschaulichung von Nachklassikern vorgetragen. Dazu kommt die Weglassung sunt condici non possunt. ea autem quae bei Ulp. fr. 3 § 10 Si cui plus 35, 3.

IV. Die actio praescriptis uerbis.

Wir werden weiter hingeführt zur actio praescriptis uerbis. In dieser Beziehung ist vor allen Dingen zu be-

trachten Iulianus fr. 19 § 2 de precario 43, 26: Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis uerbis. Hiermit ist zu verbinden Paulus sent. 5, 6 § 10: Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat. nam et ciuilis actio huius rei sicut commodati competit: eo uel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet. In der einen Stelle ist interpoliert id est praescriptis uerbis, in der andern der Schlußsatz nam et . . debet. Diese beiden Interpolationen habe ich schon früher, Präscriptio und Pactum S. 79, zum Beweise dafür benutzt, daß zwischen den Interpolationen der Justinian'schen Compilatoren und der nachklassischen Wissenschaft ein Zusammenhang bestehen müsse. Derselben Ansicht Dernburg, Pand., Bd. 2[3-4] § 91 Anm. 11; Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 264.

Ubbelohde a. a. O. macht weiter aufmerksam auf die interpretatio der lex romana Visigothorum zur Paulusstelle, hier sent. 5, 7 § 8: Si quando alicuius precibus exorati aliquid cuicunque possidendum ad tempus praestitum fuerit et ad primam admonitionem hoc ipsum reddere noluerit, datur aduersus eum interdictum et actio iusta proponitur: quae actio ciuilis est, uelut si de commodato agatur, ut res ita praestita sine aliqua difficultate reddatur: quia pro beneficio suo pati quemcunque iuiuriam non oportet.

Mit diesen Aussprüchen will ich mich jetzt näher beschäftigen.

Was zuvörderst fr. 19 § 2 de precario 43, 26 anbetrifft, so möchte Lenel, Edictum, S. 123 flg. das id est praescriptis uerbis schon dem Julian zuschreiben. Unter dieser Voraussetznng würde er in diesen Worten eine Bestätigung seiner Hypothese erblicken, daß bei der incerti condictio der unbestimmen Intentio quidquid N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ d. f. o. eine Präscriptio vorausgegangen sei.

Ich glaube nun nicht, daß id est praescriptis uerbis

schon von Julian stamme, sondern erblicke darin einen spätern Zusatz. Ist aber deshalb die Stelle so ganz bedeutungslos? Wenn eine nachklassische Wissenschaft diese Worte hinzufügte, so muß das doch einen bestimmten Grund gehabt haben. Welcher Grund läge wohl näher als der, daß bei der incerti condictio wirklich Worte vorgeschrieben wurden?

So käme denn zu den allgemeinen Grüuden, welche ich für die Präscriptio bei der incerti condictio geltend machtc, dieses Zeugnis einer nachklassischen Wissenschaft hinzu und bestätigte die Richtigkeit meiner Ansicht. Entstanden sein wird der Zusatz zu einer Zeit, als es noch Formeln gab, also vor dem Jahre 342, c. 1 de formulis 2, 57.

Durch dieses id est praescriptis uerbis ist die incerti condictio der actio praescriptis uerbis angegliedert worden. Das weist auf eine besondere Entwicklung hin, die noch ins Auge zu fassen. Bei Gai. 4, 131 haben wir für die actio incerta zunächst getrennte Präscriptio und Demonstratio, die Präscriptio erscheint als ein bloß möglicher Bestandteil. Im § 137 bringt uns Gajus dann ein Beispiel, wo die Präscriptio die Demonstratio in sich aufgenommen hat. Bei der actio praescriptis uerbis vertritt die Präscriptio ebenfalls die Demonstratio: Präscriptio und Pactum S. 75. Dies nur sagt Stephanos Bas. 11, 1 § 7 Schol. tom. I pag. 559. 560: διὸ δίδωμι τὴν ἰγκέρταν, τουτέστιν, τὴν πραεσκρίπτιρ βέρβις, ἥτις διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονστρατίωνι τὸ πρᾶγμα, μετέρχεται δὲ εἰς ἰντεντίονα ἰγκέρταν, καὶ καταλύει λοιπὸν εἰς τὸ κοινὸν τέλος, τουτέστι, τὴν συνήθη κονδεμνατίωνα. Es ist nicht genau, wenn Pernice, Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. 22 R.A. S. 256; Labeo, Bd. 3 S. 207, die actio praescriptis uerbis aus Demonstratio, Intentio, Condemnatio bestehen läßt. Die vorgeschriebenen Worte ersetzten die Demonstratio: διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονστρατίωνι τὸ πρᾶγμα. Ist nun die incerti condictio zu einer praescriptis uerbis actio geworden, so erlangen wir für dieselbe ebenfalls die Bestandteile: Präscriptio, Intentio, Condemnatio. Die bloß mögliche Präscriptio

vor der Demonstratio ist einer ständigen, die Demonstratio mitumfassenden Präscriptio gewichen.

Ob eine Entwicklung voraufging, wo die Präscriptio sich einer Demonstratio zugesellte? Die actio incerta aus Stipulation scheint dafür zu sprechen. Aber wie diese Demonstratio gelautet haben mag, entzieht sich unserer Erkenntnis.

In klassischer Zeit begegnen wir beim unbenannten Realvertrage einer doppelten wissenschaftlichen Strömung: teils actio in factum, teils ciuilis actio mit Präscriptio. In nachklassischer Zeit wird dieser Gegensatz ausgeglichen durch Schaffung einer actio in factum ciuilis, die also auf Interpolation beruht. Vgl. Präscriptio und Pactum, S. 75 flg. Derselben Ansicht betreffend die Interpolation Pokrowsky, Ztschr. für Rechtsgesch., Bd. 29 R.A. S. 80 flg.; Erman, Centralblatt für Rechtswissenschaft, Bd. 15 S. 357. Pokrowsky meint: niemand habe bisher an dem Namen actio in factum ciuilis zu rühren gewagt. Aber schon Duaren, Cujaz und andere denken hier an Interpolation. Wie wir beim unbenannten Realvertrage actio in factum und ciuilis antreffen, ebenso hat sich eine actio in factum neben der incerti condictio angefunden. Iulianus fr. 18 § 1 de mort. c. don. 39, 6: si conualuisset creditor idemque donator, condictione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat reciperet. Die in factum actio mögen wir uns so vorstellen, daß Präscriptio, Demonstratio, Intentio in Eins zusammengezogen wurden. Savigny, System, Bd. 4 S. 256 und Keller, Institutionen, S. 350 verstehen unter dieser in factum actio die praescriptis uerbis, während sie doch einen Gegensatz zu derselben bedeutet. Vgl. Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 324 flg.

Die Klage mit Präscriptio gewährte die Möglichkeit, daß vom Geldurteile abgesehen und die Leistung als solche erzwungen wurde. Ueber diesen von mir, Präscriptio und Pactum S. 23 flg., näher begründeten Satz scheint sich freilich Oertmann, Juristisches Litteraturblatt, Bd. 4 S. 95, einigermaßen zu verwundern. Allein wenn laut Ulp. fr. 19 § 5 Loc. cond.

19, 2 mit einer Präscriptio Ea res agatur de arca tollenda sich erreichen ließ, daß der Eingang auf Kosten des Vermieters erweitert werden mußte, damit der Mieter in die Lage kam, seine Kiste mitzunehmen, so kann die Sache doch nicht so ganz verkehrt sein. Ich verweise weiter auf das ut ei tollere liceat im vorhergehenden § 4; ferner auf Scaeuola fr. 52 pr. de act. empti 19, 1: respondit posse emptorem empti iudicio consequi, ut instrumenta de quibus quaereretur exhibeantur.

Es ist dies ein für römische Verhältnisse wichtiger Punkt. Nach Gradenwitz, Interpolationen, S. 125 hatten die Compilatoren eine gewisse Sympathie für die actio praescriptis uerbis. Dies mag mit darauf beruht haben, daß auf diese Weise eine Nichtgeldleistung sich als solche erzwingen ließ. Zum Belege mag dienen die Interpolation bei Pap. fr. 28 de don. 39, 5: si hoc minime faciat et creditores contra patrem ueniant, cogendam eam per actionem praescriptis uerbis; vgl. dazu Gradenwitz a. a. O. S. 130 flg. Ist nun die incerti condictio in nachklassischer Zeit zu einer praescriptis uerbis actio geworden, so wird ihr auch dieser Vorteil nicht entgangen sein.

Jetzt erst ist eine befriedigende Erklärung von Paul. sent. 5, 6 § 10 möglich geworden.

Ubbelohde a. a. O. spricht von einer ciuilis actio huius rei sicut commodati. Was soll das heißen, und ist das überhaupt Latein? Ich habe die Stelle, Präscriptio und Pactum S. 80, dahin verstanden: daß es die ciuilis actio wie beim Commodatum, ebenfalls beim Precarium geben soll. Zu commodati ist causa, ebenso wie zu huius rei zu ergänzen. Das Commodat war also von der actio praescriptis uerbis gleichfalls erfaßt worden, und von hier hatte sich die Entwicklung aufs Precarium übertragen. Beim Commodat mag mithin das Bedürfnis für eine actio praescriptis uerbis ein größeres gewesen sein.

Welchem Zwecke unsere actio ciuilis beim Commodate dienen sollte, sagt uns mit dürren Worten die westgotische

Interpretatio: ut res ita praestita sine aliqua difficultate reddatur. Zwar hatte der Verleiher nach klassischem Rechte eine commodati formula in ius und eine in factum concepta. Aber beide mündeten in ein Geldurteil aus. War daraufhin der Entleiher verurteilt, so mochte er sich vielleicht zur Herausgabe der Sache bequemen. Bei der actio praescriptis uerbis findet die Rückerlangung ohne irgend welche Schwierigkeit statt. Und ist es nicht ein eignes Ding, daß der Verleiher vom guten Willen des Entleihers abhängig: ob er seine Sache wiederbekommt oder statt dessen Geld? Anders bei der actio praescriptis uerbis: denn pro beneficio pati quemcunque iniuriam non oportet.

V. Die Besitzeskondiktion für die klassische Zeit möglich, für die nachklassische Zeit wahrscheinlich.

Damit wären die Wege geebnet für die Beantwortung der Frage: ob die condictio possessionis möglicherweise eine Besitzklage hätte sein können. Das Wesen der römischen Besitzklage erblicke ich darin, daß sie einen Gegensatz bildet zum Geldurteil; insonderheit ist sie gerichtet auf Herstellung eines körperlichen Verhältnisses. Die condictio possessionis war eine incerti condictio. Die incerti condictio war der Präscriptio zugänglich. Die Klage mit Präscriptio gewährte die Möglichkeit, daß vom Geldurteil abgesehen und die Sachleistung erzwungen wurde. Damit wäre schon die Möglichkeit einer Besitzklage dargethan. Für das zweite der bei Paul. fr. 15 § 1 de cond. indeb. 12, 6 angeführten Beispiele ließe sich etwa folgende Formel bilden, bestehend aus Präscriptio, Intentio, Condemnatio. Ea res agatur quod A^s A^s falso existimans possessionem se N^o N^o debere mensae argenteae N^o N^o mensam argenteam tradidit, quidquid N^m N^m A^o A^o d. f. o. c. s. n. p. a.

Bisheriges Ergebnis. Daß die condictio possessionis eine Besitzklage im römischen Sinne war, daß also der Kläger nicht nötig hatte, sich in Geld abfinden zu lassen, sondern die Sache selber beanspruchen konnte: dieser Punkt läßt sich nicht

streng erweisen. Die Möglichkeit wäre indes schon für die klassische Zeit gegeben. Und was damals möglich, erscheint für die nachklassische Zeit sogar als wahrscheinlich.

Diese Wahrscheinlichkeit für die nachklassische Zeit dürfte durch folgende Stelle eine wesentliche Stütze erhalten: c. 3 de don. quae sub modo 8, 54 vom J. 290 = Vat. fr. 286. Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, ueteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non impleta (seruata), ei qui liberalitatis auctor fuit uel heredibus eius condicticiae actionis persecutionem competere.

Was heißt hier condicticiae actionis persecutionem competere? Einem einfachen condicticia actione persequi, dem wir bei Ulp. fr. 24 de reb. cred. 12, 1 begegnen, werden wir es schwerlich gleich stellen können. Es handelt sich um eine condictio ob causam datorum. Warum soll das eine persecutio sein? Der Ausdruck weist uns sonst wohl hin auf die extraordinaria cognitio. Vgl. Gai. 2, 282 und dazu Präscriptio S. 44 flg. Daran ist hier kaum zu denken. Außerdem wäre persecutio ein passender Ausdruck für die Erzwingbarkeit einer Sachleistung. Vgl. Pap. fr. 28 de obl. et act. 44, 7 und dazu Societas publ. Bd. 1 S. 455. Nehmen wir persecutio in diesem Sinne, dann hätten wir in unserer Stelle in Wahrheit eine Besitzeskondiktion.

Nach c. 2 de cond. ob causam datorum 4, 6 vom J. 227 mußte eine derartige Klage noch besonders erbeten werden: non est iniquum actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi qui patri successisti decerni. Die repetitio weist uns hier ebenfalls auf die wirkliche Sachleistung hin.

Von diesem Gesichtspunkte aus erkläre ich mir auch in c. 1 de don. quae sub modo 8, 54 vom J. 258: uindicationem . . id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi. Aehnliche Gedanken entwickelt Erman,

Zeitschrift für Rtsgesch., R. A. Bd. 26 S. 223. Erman hält die Schöpfung für eine spät- oder nachklassische.

VI. Zweck der Besitzeskondiktion.

Jetzt wäre noch die Frage zu beantworten: welchem Zwecke mag die condictio possessionis gedient haben? Ist das Vorhandensein dieser Klage nicht einmal sicher — wenn auch für die klassische Zeit möglich, für die nachklassische wahrscheinlich — werden wir uns um so mehr bei der Frage nach dem ökonomischen Zweck auf Mutmaßungen beschränken müssen.

Einmal kann man sich die condictio possessionis vorstellen als eine Erweiterung der Bereicherungsklagen insofern: als bei Bereicherung mit andern Sachen, außer Geld, diese Sachen selber zurückgegeben werden mußten. Diesen Gedanken legt nahe Paulus fr. 15 § 1 de. cond. ind. 12, 6: ut uel possessio eorum reddatur.

Andererseits wäre ein möglicher Ausgangspunkt die Besitzentziehung. In dieser Beziehung sind auseinanderzuhalten Grundstücke und bewegliche Sachen.

Wegen der Grundstücke erinnere ich zunächst an die Thatsache: daß laut c. 11 Unde ui 8, 4 vom J. 532 weder Justinian noch die dort als Fragsteller beschiedenen illyrischen Rechtsanwälte bei heimlicher Besitzentziehung eine Klage kennen ad recipiendam talem possessionem. Damit ist auch die condictio possessionis verneint: Vac. poss., Bd. 1 S. 472.

Anlangend die gewaltthätige Besitzentziehung, so haben wir ja für Grundstücke das Interdikt de ui. Wenn gleichwohl bei Ulp. fr. 2 de trit. cond. 13, 3 Sabinus demjenigen qui ui aliquem de fundo deiecit ein possessionem condicere gestattet, so liegt es am nächsten, dies von einer auf Geld auslaufenden Klage zu verstehen.

Hinsichtlich der beweglichen Sachen bemerkt Ulp. fr. 1 § 6 de ui 43, 16, daß das Interdikt de ui versage; und unter den zugelassenen Klagen wird unsere condictio possessionis nicht erwähnt. Die Entwicklung scheint dann die gewesen zu sein, daß sich hier in späterer Zeit die momentariae

possessionis actio einstellte: Vac. poss., Bd. 1 S. 427. Die Sache ist freilich sehr streitig.

Somit bliebe nur übrig der heimlich entzogene Besitz von beweglichen Sachen.

Bruns, Besitzklagen, S. 199 flg. beansprucht für die Besitzkondiktionen ein viel weiteres Gebiet. Seine Ansicht verliert sich aber um so mehr ins Unbestimmte, als eine Untersuchung darüber gar nicht angestellt wird, ob schon bei den Römern mit dieser Kondiktion etwas anderes als eine Geldleistung erreicht werden konnte.

2. Das B.G.B.

a) § 46. Allgemeine Erörterungen.

Der Begriff der Besitzklage, wie er von Savigny hingestellt worden, beschreibt einen weit engern Kreis, als dies bei den possessorischen Interdikten des römischen Rechts der Fall.

Wie Savigny zu seiner Auffassung gelangte, setzt er uns deutlich auseinander, Recht des Besitzes § 35. 'Rei uindicatio heißt die Klage, welche der Kläger durch sein Eigentum, actio empti die, welche er durch eine emptio begründet: ebenso sind possessorische Klagen die, welche auf den Besitz des Klägers sich gründen, d. h. die unter der Bedingung angestellt werden können, daß der Kläger ein ius possessionis wirklich erworben hat.'

Daß die von Savigny ins Auge gefaßten Klagen sich von den übrigen possessorischen Interdikten besonders abheben, ist eine uns ganz geläufige Vorstellung. Man könnte sie schon finden wollen bei Ulp. fr. 1 § 4 Uti possidetis 43, 17: et ut Pedius ait, omnis de possessione controuersia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus. Es ist indes zu bedenken, daß das restituatur für interdicta adipiscendae possessionis z. B. Quorum bonorum ebenfalls zutrifft: Gai. 4, 144. Die Verschiedenartigkeit der Auffassung dürfte vielmehr zurückgehen auf einen Gegensatz zwischen

römischer und heutiger Denkweise, dem zuerst scharfen Ausdruck verliehen hat Windscheid, siehe dessen Pandekten Bd. 1[7] § 44 und die dort Anm. 5 angeführten Schriften.

Der Römer fragte nach Windscheid in erster Linie nicht, 'ob das ius für ihn sei', sondern 'ob und welche actio ihm zu Gebote stehe'. Nach römischer Anschauung hatte man ein Recht, weil man actio, aber nicht actio, weil man ein Recht hatte. Wir dagegen denken umgekehrt zunächst an das Recht, und erst dann an die Klage.

Ob dieser allgemeine Satz auch zutreffe für die possessorischen Interdikte bezw. Besitzesklagen, darauf ist Windscheid nicht näher eingegangen. Das gemeinschaftliche Merkmal der possessorischen Interdikte im römischen Rechte war nicht das zu schützende Recht, sondern der auf die Sache gerichtete Zweck. Savigny hingegen nimmt seinen Ausgang von dem zu schützenden Rechte und erhält auf diese Weise für seine Besitzesklagen einen weit engern Begriff. Savigny unterlag beim Besitze schon viel vor Windscheid dem von diesem ermittelten Denkgesetze. Savigny dachte modern, und darin liegt die Stärke des von ihm aufgestellten Begriffes. Die Savigny'sche Besitzesklage ist gemeinrechtliche Anschauung geworden und vom B.G.B. übernommen.

Trotz alledem tauchen Bedenken auf, ob der Savignysche Standpunkt gerade für den Besitz der richtige war. Sehen wir uns zunächst einmal die Eigentumsklagen an.

§ 985. 'Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.'

§ 1004. 'Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Ueberlassung klagen.'

§ 1005. 'Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein anderer als der Eigentümer der Sache besitzt, so steht diesem gegen den Besitzer des Grundstücks der im § 867 bestimmte Anspruch zu.'

Vergleichen wir damit die Besitzklagen. Im § 862 tritt uns eine Klage wegen Beseitigung und Unterlassung von Störungen entgegen, entsprechend der Klage des § 1004. Der § 1005 verweist ausdrücklich auf die Klage des § 867. Außerdem bringt uns noch der § 861 die Klage auf Wiedereinräumung entzogenen Besitzes. Eins fehlt hier aber. Die Eigentumsklage des § 985 geht auf Herausgabe der Sache, mag der Besitz entzogen sein oder nur vorenthalten werden: also nicht bloß auf Wiedererlangung, sondern auch auf Neuerlangung von Besitz. Die Eigentumsklagen schützen den rechtmäßigen Eigentumsbesitz. Hier wird die Neuerlangung des Besitzes mitumfaßt. Warum wollen wir nun im übrigen die Neuerlangung vom Besitzesschutze ausschließen?

Ich glaube doch, daß es selbst vom Standpunkte der heutigen Rechtsordnung systematisch richtiger, wieder zur römischen Dreiteilung zurückzukehren. Eine andere Frage wäre freilich, inwieweit sich für Klagen auf Neuerlangung von Besitz ein Bedürfnis geltend machen sollte.

Eine Klage dieser Art können wir jedenfalls nicht entbehren, sie steckt auch im B.G.B., nur daß sie hier in einen Nebel von Unklarheit gehüllt worden. Sie ist enthalten in dem Satze des § 857: 'Der Besitz geht auf den Erben über'. Denn auf diese Weise sollte jedenfalls miterreicht werden Schutz für Neuerlangung von Besitz. Siehe oben § 19 S. 198.

Ferner werden wir unten § 49 einem Falle begegnen, wo die Aufsuchungsklage des § 867 im B.G.B. nicht bloß zur Erhaltung des Besitzes dient, sondern auch auf Neuerlangung gerichtet werden kann.

Und dieser Gedanke ließe sich vielleicht ebenfalls anpassen dem § 857 des B.G.B. Während die Römer ihr Quorum bonorum streng auf Neuerlangung von Besitz beschränkten — Gai. 4, 144 — faßt der § 857 des B.G.B. allen Besitzesschutz des Erben in Eins zusammen. Der Erbe hat Anspruch anf Besitzesschutz, mag er den Besitz im Sinne des § 854 Abs. 1 bereits erlangt haben oder erst erlangen wollen.

So viel vom Begriffe der Besitzklagen nach dieser Richtung hin. Ein anderer Gegensatz zwischen römischem und heutigem Rechte wäre folgender.

Die possessorischen Interdikte gehen nicht notwendig gegen unbestimmte dritte, sondern auch gegen bestimmte Personen. Den Gegensatz bildet die auf Geld gerichtete actio in personam: siehe oben § 42 S. 331. Im gemeinen Rechte hat die persönliche Klage eine wesentliche Erweiterung erfahren. Wir sprechen auch da von persönlichen Klagen, wo die Sachleistung u. s. w. als solche erzwungen werden kann. Diese persönliche Klage scheidet aus von den Besitzesklagen, so daß nur Klagen gegen unbestimmte Dritte übrig bleiben. Auch diese Verengerung, welche die Besitzesklage im gemeinen Rechte betroffen, ist im B.G.B. beibehalten.

Andererseits ist mit dem Besitzesbegriffe gegeben die Klage gegen unbestimmte Dritte. Der mittelbare Besitzer, weil Besitzer, hat nicht bloß eine persönliche Klage gegen den, welcher ihm gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt, bezw. verpflichtet; der mittelbare Besitzer hat einen Besitzesanspruch. Ihm stehen Klagen zu Gebote, wenn der wirkliche Besitzer in Ausübung des Besitzes gestört oder ihm der Besitz entzogen wird: siehe unten § 47 Nr. III, § 48 Nr. II.

Dabei ist indes zu beachten, daß der Zeitbesitzer ebenfalls als dieser unbestimmte Dritte in Betracht kommen kann. Jemand, der zwei Zimmer gemietet, nimmt noch ein drittes in Besitz. In Bezug auf dieses dritte Zimmer steht der Mieter gerade so da, als wenn ein beliebiger anderer so gehandelt hätte.

Ueberhaupt werden wir sagen müssen: sobald ein Mieter die ihm eingeräumten Befugnisse überschreitet und in die Machtsphäre des Vermieters eingreift, ist er ein Besitzstörer. Der Hausherr will das Dach ausbessern lassen, der Mieter verbietet ihm das Betreten der gemieteten Dachstube. Der Hausherr will die gekündigte Wohnung anderweitig vermieten, der Mieter verbietet allen, die sie besehen wollen, seine Räume zu betreten. Ein Mieter überläßt ohne Erlaubnis des Vermieters den Gebrauch der gemieteten Wohnung einem Dritten. Vgl.

unten § 48 Nr. 10, 12. Es zeigt sich an diesen Beispielen, daß der Vermieter neben dem Mieter 'auch Besitzer': siehe oben § 18 S. 122. Für die Möglichkeit von Besitzesklagen zwischen mittelbarem und wirklichem Besitzer schon Bekker in Ihering's Jahrb., Bd. 34 S. 68 flg.

Zu den drei Besitzesklagen des B.G.B., von denen schon die Rede, stellt F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3.4] § 46 noch die Klage des § 1007 aus früherem Besitze beweglicher Sachen. Es ist dies eine Klage des ältern bessern Besitzes, die entkräftet wird durch die Einreden: daß Kläger beim Erwerbe nicht in gutem Glauben, oder den Besitz freiwillig verlor. Kläger hat, abgesehen von seinem früheren Besitze und dem gegenwärtigen des Beklagten, darzuthun: daß der Beklagte nicht in gutem Glauben war. Einem gutgläubigen Besitzer gegenüber, sofern es sich nicht um Geld und Inhaberpapiere handelt, dringt der Kläger durch, wenn er unfreiwilligen Besitzesverlust nachweist; es müßte denn der Beklagte schon vor ihm den Besitz unfreiwillig verloren haben bezw. Eigentümer sein.

Der Schutz des gutgläubigen Besitzes gegenüber bösgläubigem Besitze bezw. minder gutgläubigem Besitze führt uns hin auf die Rechtsverhältnisse. Im übrigen finden die für die Eigentumsklage des § 985 gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. Wir lassen daher diese Klage hier besser bei Seite: vgl. Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 123.

Wegen entzogenen Besitzes an Grundstücken haben wir im römischen Rechte das Interdiktum Unde ui, das sich einmal spaltete in de ui und de ui armata. In späterer Zeit entwickelt sich die momentariae possessionis actio, die ebenfalls eine Gewaltthat zur Voraussetzung hat, sich aber nicht auf Grundstücke beschränkte: Vac. poss., Bd. 1 S. 427. Justinian hat das Interdiktum Unde ui in c. 11 Unde ui 8, 4 auf eigentümliche Weise erweitert; rein sachlich betrachtet, ist ein neuer Schutz für heimliche Besitzentziehung eingeführt: Vac. poss., Bd. 1 S. 464 flg. Außerdem kommt in Betracht die Spolienklage des kanonischen Rechtes. Alle diese Klagen

sind ersetzt durch ein einheitliches Rechtsmittel wegen Besitzentziehung.

Die alte Besitzstörungsklage der Römer war das interdictum quod ui aut clam. Freilich beschränkte sich dasselbe nicht auf diesen Zweck, sondern diente ebenfalls zur Wiedererlangung entzogenen Besitzes: Vac. poss., Bd. 1 S. 467. Das Uti possidetis und Utrubi wurden eingeführt als Vorbereitungsklagen für einen Eigentumsstreit. Das Uti possidetis entwickelte sich später in einem weitern Sinne wie das Quod ui aut clam als ein gegen Störung des Besitzes gerichtetes Rechtsmittel. Das Quod ui aut clam war schon nach späterem römischen und gemeinem Rechte in einem weiten Umfange überflüssig geworden: Stölzel in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 8 S. 171; Seuffert's Archiv, Bd. 35 Nr. 125. Schmidt, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß, N. F. Bd. 1 S. 384 flg., hält es für beseitigt durch das Summariissimum und die gerichtlichen Inhibitorien.

Im B.G.B. soll dem Quod ui aut clam keine besondere Klage entsprechen: Motive, Bd. 2 S. 762 flg., Bd. 3 S. 121 flg. Andererseits ist die Klage des § 862 als einheitliche Besitzstörungsklage gedacht.

Vielleicht ist indes die Besitzstörungsklage des B.G.B. mehr äußerlich als ihrem Inhalte nach eine einheitliche Klage. Sie ist gerichtet einmal auf Beseitigung der Störung, sodann auf Unterlassung von Störungen. Ferner sind für den Ueberbau besondere Bestimmungen getroffen — B.G.B. §§ 912—916 — die nicht bloß den Eigentümer, sondern ebenso gut den Besitzer berühren, und die eine große Aehnlichkeit verraten mit den für das Quod ui aut clam aufgestellten Grundsätzen. Siehe unten § 48 Z. V, 1. 3.

Die dritte Besitzklage des B.G.B. schließt sich an der actio ad exhibendum: vgl. z. B. Ulp. fr. 9 § 1 ad exh. 10, 4.

Eine eigene den Eigentumsstreit vorbereitende Klage ist nicht vorhanden. Es leidet aber keinen Zweifel, daß nach C.P.O. § 256 auch wegen Besitzes auf Feststellung des Be-

stehens oder Nichtbestehens geklagt werden kann. Voraussetzung dieser Feststellungsklage lediglich streitiger Besitz, eine hinzutretende Besitzesstörung kein Erfordernis. Vgl. S. A., Bd. 7 Nr. 41; Bd. 9 Nr. 33; Max Seidel Die Feststellungsklage im Civil- und Verwaltungsprozeß § 6 S. 14 bis 16. Andererseits ist möglich und unter Umständen zweckmäßig die Verbindung der Feststellungsklage mit der Besitzesstörungsklage: Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 25 S. 79.

Eine solche Feststellungsklage ist zwar nicht notwendig ein iudicium duplex; regelmäßig wird aber, was dem einen zugesprochen, dem andern abgesprochen werden. Dem einen wird der Besitz abgesprochen, weil der andere Besitzer. Der Besitz des einen wird dem andern gegenüber für fehlerhaft erklärt, und damit dem andern ein Anspruch wegen Besitzentziehung zuerkannt.

Im Gegensatze zum römischen und gemeinen Rechte sind die Schadensersatzansprüche von den Besitzklagen ferne gehalten. In dieser Beziehung gelten die allgemeinen Grundsätze, wie sie uns namentlich in den § 823, 829 des B.G.B. entgegentreten. Demnach ist für die Verpflichtung zum Schadensersatze regelmäßige Voraussetzung: Vorsatz bezw. Fahrlässigkeit. Dies gilt insonderheit für die verbotene Eigenmacht: §§ 992, 2025. Dem Besitzer gegenüber sind Vorsatz bezw. Fahrlässigkeit keine Merkmale der verbotenen Eigenmacht: siehe oben § 41 S. 312. Eine Fernhaltung der Schadensersatzansprüche kann nur dazu führen, den Besitzesbegriff reiner und schärfer zu gestalten.

Diese Fernhaltung der Schadensersatzansprüche von den Besitzesklagen ist dahin verstanden, daß das B.G.B. den Schadensersatzanspruch aus verletztem Besitz überhaupt ablehne: Josef, Arch. f. bürg. Rt., Bd. 15 S. 288 flg. Ist mein Nachbar auf meine Besitzklage nach den §§ 861, 862 verurteilt, 'so kann ich Schadensersatz wegen der mir durch die verbotene Eigenmacht entgangenen Nutzungen nur verlangen, wenn ich ein Recht an dem Landstück, etwa Pacht, Nießbrauch, Eigentum nachweise'. Dasselbe gelte grundsätzlich, 'wenn die

verbotene Eigenmacht sich gegen eine bewegliche Sache gerichtet hat, nur daß hier in § 1006 eine Beweiserleichterung vom B.G.B. vorgeschrieben ist. Ein Schadensersatzanspruch wird nur insofern anerkannt, als die Besitzesverletzung mittelbar mein sonstiges Vermögen schädigt. Beispiel: die Entziehung des Wassers hat zur Folge, daß meine Forellen absterben.

Diese Ansicht ist zurückzuweisen. Einerseits läßt sich in § 823 Abs. 1 der Ausdruck 'ein sonstiges Recht' sehr wohl mit auf den Besitz beziehen: Fischer-Henle Anm. 7. Will man dies nicht zugeben, so bleibt noch immer im Abs. 2 der Verstoß 'gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz': Strohal, in Jhering's Jahrb., Bd. 38 S. 65.

Was die condictio possessionis anbetrifft, so ist es keine Frage, daß sie heutzutage auf die Sache selber geht. Aber nur insofern sie sich gegen unbestimmte Dritte richtet, ist sie noch eine Besitzklage: also wegen heimlicher Besitzentziehung. Eine ungerechtfertigte Bereicherung durch Besitz ist eine persönliche Klage. Hierauf bezieht sich B.G.B. § 812. Solche Bereicherung kann namentlich dadurch entstehen, daß jemand irrtümlicherweise Sachen zugeschickt werden, die gar nicht für ihn bestellt waren: Seuffert's Archiv, Bd. 34 Nr. 45. Ein anderer Fall bei Seuffert a. a. O. Bd. 19 Nr. 152: es hat sich jemand Stadtbuchschriften von dem einhändigen lassen, der sie für den Eigentümer in Verwahrung hatte, aber nur diesem persönlich ausliefern durfte.

Ueber die Verbindung der Besitzesklagen mit sonstigen Klagen mag Folgendes hervorgehoben werden.

Gleichzeitige Anstellung eines interdictum retinendae possessionis mit einer Eigentumsklage scheint römischen Vorstellungen zu widersprechen, obwohl es dafür an einem bestimmten Ausspruche fehlt. Zulässig sind jedenfalls die interdicta recuperandae et apiscendae possessionis neben der Eigentumsklage.

Das kanonische Recht gestattet ausdrücklich die Verbindung des interdictum retinendae possessionis mit dem petitorium.

Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus läßt sich demnach nicht die Unvereinbarkeit der Besitzesklagen und der Eigentumsklage behaupten. Vgl. Wetzell Civilprozeß[3] § 64 S. 861 flg.

Preußisches Recht schrieb sogar vor, daß das possessorium ordinarium niemals getrennt vom petitorium verfolgt werden dürfe: Seuffert's Arch., Bd. 4 Nr. 143.

Aber im code de procédure civile und einer Reihe von Prozeßordnungen — nämlich für Baiern, Baden, Württemberg, Hannover — finden wir die Bestimmung: daß die Besitzklage mit der Klage, durch welche das Recht selbst verfolgt wird, nicht verbunden werden dürfe. Vgl. Seuffert's Arch., Bd. 3 Nr. 227; Bd. 50 Nr. 282.

Den genannten Prozeßordnungen schließt sich an die C.P.O. vom 30. 1. 77. Hier heißt es § 232 Abs. 2: 'Die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, können nicht in einer Klage verbunden werden.'

Da die C.P.O. einen besonderen Besitzprozeß gar nicht kennt, nimmt sich die Vorschrift etwas eigenartig aus. Das Reichsgericht hat sich bereits für eine Einengung des Anwendungsgebietes insofern ausgesprochen, als es die Verbindung einer Vertragsklage mit einer Spolienklage für zulässig erklärte: Seuffert's Archiv, Bd. 50 Nr. 282.

In der neuen C.P.O. ist die Vorschrift wieder beseitigt worden: der entsprechende § 260 läßt fort den Abs. 2 des § 232 der früheren Civilprozeßordnung.

So steht denn nunmehr einer Verbindung der Besitzklage und Eigentumsklage nichts mehr im Wege. Was von der eigentlichen Besitzklage, muß um so mehr von der Feststellungsklage gelten. Ferner ist möglich eine Verbindung der Besitzfeststellungsklage mit der Besitzstörungsklage. Dies kann von Bedeutung werden, wenn die Störung bestritten wird: Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 25 S. 79. Ebenso wäre eine Häufung von Schadensersatzklagen und Besitzesklagen nicht zu beanstanden. Vgl. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3. 4] § 42 S. 170, 171.

Eine andere Frage ist es: ob der Uebergang vom Possessorium zum Petitorium zu gestatten. Das ist an sich eine unerlaubte Klageänderung, welche die frühere Rechtsprechung zuließ bei Einwilligung des Beklagten: Seuffert's Arch., Bd. 5 Nr. 311.

Die C.P.O. vom 30. 1. 77 § 241 bestätigt diesen Satz für die erste Instanz. Dagegen wird solcher Uebergang in der Berufungsinstanz selbst bei Einwilligung des Gegners ausgeschlossen: § 489.

Hieran ist in der neuen C.P.O. festgehalten: § 241 = § 269; § 489 = § 527.

Wie sieht es endlich aus mit den Einreden des Beklagten? Wo dem Kläger die Verbindung der Besitzesklagen mit den Rechtsklagen untersagt, versteht sich ziemlich von selber: daß der Besitzklage gegenüber das Recht auch einredeweise fern zu halten sei. Vgl. Seuffert's Arch., Bd. 3 Nr. 228.

Wo es aber dem Belieben des Klägers überlassen, ob er Besitzesklage mit sonstiger Klage verbinden will oder nicht, ist damit noch nicht dem Beklagten die Befugnis zugesprochen, einer reinen Besitzesklage gegenüber sich seinerseits auf das Recht zu berufen. Zumal die Klagverbindung doch immer nur als eine eventuelle zu denken: für den Fall, daß ich mit der Besitzesklage nicht durchdringe, will ich gleichzeitig die Eigentumsklage erhoben haben.

In der That würde der Besitzesschutz viel von seiner Bedeutung verlieren, wenn es dem Beklagten schrankenlos gestattet wäre, die Rechtsfrage mit zur Verhandlung zu bringen. Deshalb ist es dem Beklagten sowohl der Besitzentziehungs- wie der Störungsklage gegenüber im allgemeinen untersagt, sich einredeweise auf sein Recht zu berufen. Diese Berufung ist ihm laut § 863 nur zu dem Zwecke erlaubt, um darzuthun, daß die Entziehung oder Störung des Besitzes keine verbotene Eigenmacht sei: vgl. oben § 2 S. 14. Für die Aufsuchungsklage besteht diese Schranke freilich nicht. Ferner wird allgemein dem mit einer Besitzklage Belangten zu gestatten sein,

daß er sein Recht auf dem Wege der Widerklage verfolge. Vgl. Biermann, Sachenrecht, S. 14 zu § 863.

b) Die einzelnen Klagen.

α) § 47. Die Klage wegen Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes.

Der gewesene Besitzer hat im Falle verbotener Eigenmacht eine Klage auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes wider den gegenwärtigen Besitzer, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt: B.G.B. § 861 Abs. 1. Im einzelnen ist darüber das Folgende zu bemerken.

I. Gegenstand.

Die Klage erstreckt sich sowohl auf Grundstücke als bewegliche Sachen.

II. Die Person des Klägers.

Kläger ist nicht nur der gewesene Alleinbesitzer, sondern auch wer bloß einen Teil besaß, z. B. abgesonderte Wohnräume: B.G.B. § 865. Dasselbe gilt vom Mitbesitzer Dritten gegenüber: B.G.B. § 866. Aber auch der eigne Mitbesitzer kann als Dritter in Betracht kommen: siehe unten Z. IV S. 424. Wegen des Erben siehe oben § 19 Nr. IV, 1. 2 S. 186, 187.

Wird der Besitz jemand entzogen, der die Sache für einen andern inne hatte; so erwirbt der mittelbare Besitzer ebenfalls eine Klage. Diese ist in erster Linie darauf zu richten, daß die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer erfolge. Wenn dieses nicht thunlich — der bisherige Besitzer ist vielleicht verreist und sein Aufenthaltsort gar nicht einmal bekannt — oder wenn die Wiederübernahme vom bisherigen Besitzer verweigert wird; dann soll der mittelbare Besitzer die Einräumung des Besitzes für sich verlangen können. B.G.B. § 869.

Die Klage ist zu stützen auf vorhanden gewesenen Besitz. Der Entsetzte hat den unfreiwilligen Besitzesverlust zu beweisen: Seuffert's Arch., Bd. 49 Nr. 5. Das sonstige

Rechtsverhältnis braucht nicht dargelegt zu werden. Es kann indes zweckmäßig sein, auf dieses Verhältnis zurückzugehen. Ein Mieter, der entsetzt worden, beruft sich auf seinen Mietsvertrag, um auf diese Weise den Besitz als unzweifelhaft hinzustellen. Dieser Mietsvertrag ist ihm andererseits für die Besitzesklage selbst dann noch von Nutzen, wenn die Entziehung des Besitzes nach Ablauf des Mietsvertrages stattgefunden hätte.

Jedenfalls ist die Berufung auf ein sonstiges Rechtsverhältnis an sich nicht genügend. Beispiele: Eintragung in das Grundbuch; Zuschlag im Falle einer Zwangsversteigerung von Grundstücken, Ges. über die Zwangsversteigerung vom 20. 5. 98 § 90. Andererseits kann ein sonstiges Rechtsverhältnis fehlen: z. B. Uebergabe eines Grundstückes auf Grund eines gerichtlich oder notariell nicht beurkundeten, also nach § 313 ungültigen Vertrages.

Der mittelbare Besitzer, welcher zur Klage schreitet, steht insofern anders da, als er außer dem Besitzesverlust in der Person des Zeitbesitzers, das Verhältnis darthun muß, vermöge dessen dieser ihm gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet war.

Wie wäre es um das Klagerecht des mittelbaren Besitzers bestellt, wenn der wirkliche Besitzer bereits Klage erhoben hatte? Wendt, Archiv für die civ. Pr., Bd. 87 S. 54, 55 meint: 'der Gegner . . wird nicht berechtigt sein, die Klage des mittelbaren Besitzers deswegen abzulehnen, weil gegen ihn schon die Klage des unmittelbaren Besitzers schwebt'. Es entständen 'nur doppelte Prozeßkosten, ohne daß das Ergebnis sich abweichend gestaltet, als wenn nur einer von beiden klagt'.

Dem gegenüber möchte ich Folgendes einwenden. Der mittelbare Besitzer hat seine Klage in erster Linie darauf zu richten, daß die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer erfolge. Hierauf geht ebenfalls der Klageantrag des bisherigen Besitzers. Insofern liegt dieselbe Sache vor. Mithin steht dem Beklagten gegen den mittelbaren Be-

sitzer die Einrede der Rechtshängigkeit zur Seite. Der mittelbare Besitzer erscheint nur als ein gesetzlicher Vertreter des wirklichen Besitzers, der zurückstehen muß, wenn der Zuvertretende bereits selber handelte.

Wendt findet im § 869 keinerlei Handhabe für die Subsidiarität des Klagrechts. 'Verbotene Eigenmacht mit allen Mitteln zu bekämpfen, könnte als ein so löbliches Ziel gelten, daß gegen den Thäter auch der doppelte Prozeß und die zweifachen Kosten nicht gescheut zu werden brauchten.'

Einer Subsidiarität bedürfen wir zunächst gar nicht, es genügen vollständig die Grundsätze der Prävention. Jeder von beiden ist zur Klage berechtigt. Wer zuerst die Klage erhebt, dessen Klage darf vom Beklagten nicht abgelehnt werden. Sollten beide zugleich klagen wollen, so würde man allerdings dem gewesenen eigentlichen Besitzer den Vorrang lassen müssen. Aehnlich Ulp. fr. 1 § 2 de loco publico fruendo 43, 9.

III. Begriff der Eigenmacht.

Die Eigenmacht wird begangen durch gewaltthätiges Handeln, durch heimliches Handeln, durch Handeln wider Verbot. Seuffert's Archiv, Bd. 3 Nr. 173: Ansichnehmen der Schlüssel zu dem Wandschranke und sodann der Dokumente aus dem Wandschrank. S. A. Bd. 5 Nr. 23: Wegbringenlassen von Sachen ohne Wissen und Willen des Besitzers aus dem Lokal, wo sie standen. S. A. Bd. 24 Nr. 212: den Roggen, den der Pächter abgemähet und aufgestieget, hat der Verpächter eigenmächtig abgefahren und eingescheuert. S. A., Bd. 26 Nr. 10: Vertreibung des Besitzers ohne die Absicht, ihm den Besitz zu entziehen, darauf Besitzergreifung von dessen Räumlichkeiten. S. A. Bd. 23 Nr. 196: der Eindringling verweigert die Räumung des Grundstückes, wozu er aufgefordert wurde. S. A. Bd. 51 Nr. 76: widerrechtliche Pfändung.

Es genügt die widerrechtliche Handlung als solche: eine gegen den Willen des Besitzers vorgenommene Besitzentziehung. S. A. Bd. 26 Nr. 220. Nicht erforderlich ein böser Vorsatz: S. A. Bd. 12 Nr. 34. Widerrechtlich ist die Beschlagnahme

des Steuerbeamten, der sich irrte über die Bestimmungen der Zollgesetze: S. A. Bd. 19 Nr. 46. Auf Entschuldbarkeit des Irrtums kann nichts ankommen. Anders freilich S. A. Bd. 5 Nr. 25.

IV. Die Person des Beklagten.

Beklagter ist jedermann, welcher den Besitz entzogen hat. Daher auch der mittelbare Besitzer: siehe oben § 2 Z. I S. 9. Ferner der Mitbesitzer dem Mitbesitzer gegenüber: Denkschrift, S. 167; Fischer-Henle zu § 866 Anm. 3.

Erforderlich ist jedoch gegenwärtiger Besitz in der Person des Beklagten. Wird ein Besitzer vertrieben, ohne daß der Vertreibende Besitz ergreift, so findet keine Besitzklage statt, wohl aber Anspruch auf Schadensersatz. Vgl. S. A. Bd. 26 Nr. 104: Niederreißen einer bewohnten Baulichkeit. Ebensowenig kann von einer Besitzklage noch die Rede sein, wenn derjenige, welcher den Besitz entzogen hatte, desselben wieder verlustig ging.

Es taucht die Frage auf: genügt ein gegenwärtiger Besitz, der bloß ein mittelbarer?

Der Dieb, welcher die Uhr gestohlen, übergiebt sie einem Uhrmacher zur Reparatur; oder die gestohlenen Papiere einem Bankier zur Aufbewahrung.

Wenn Uhrmacher und Bankier von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes keine Kenntnis hatten, so ist klar, daß sie vom Bestohlenen mit der Besitzentziehungsklage nicht belangt werden können: Strohal in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 38 S. 126.

Andererseits ist der Dieb jedenfalls dann wieder der richtige Beklagte, wenn er die Uhr, die Papiere zurückerhalten hat: Strohal a. a. O. S. 127.

Wie aber, solange die Uhr sich noch beim Uhrmacher, die Papiere sich noch beim Bankier befinden? Ich meine: der Dieb hat das herauszugeben, was ihm verblieben. Dazu gehört auch der Anspruch, den er gegen den Uhrmacher, bezw. Bankier erworben, und den er demgemäß abtreten muß.

Anderer Meinung Endemann, Lehrb., Bd. 2[3,4] § 44 S. 178.

Der Besitz muß vorhanden sein nicht bloß zur Zeit der Klagerhebung, sondern überhaupt so lange als der Rechtsstreit dauert. Entäußert sich der Beklagte des Besitzes, bevor der Streit ausgetragen, so verliert er damit seine Passivlegitimation. Die Fortsetzung des Prozesses ist dann nur noch wegen der Kosten von Bedeutung. Vgl. Motive, Bd. 3 S. 124.

Beklagter ist nicht bloß, wer eigenmächtig handelte, sondern auch jeder, der dem Eigenmachtsdulder gegenüber fehlerhaft besitzt: § 861 Abs. 1.

Dahin gehört bei der Sondernachfolge derjenige, welcher beim Erwerb die Fehlerhaftigkeit im Besitze des Vorgängers kannte. Er wußte z. B., daß die Sache von seinem Verkäufer dem Kläger gestohlen sei. Ein solcher erscheint als nachträglicher Teilnehmer an der verbotenen Eigenmacht: Bruns' Besitzklagen S. 247. Spätere Kenntnis macht den Besitz nicht fehlerhaft. Es genügt nicht verschuldete Unkenntnis: Protokolle der zweiten Lesung, Bd. 3 S. 37. Auch der ist kein nachträglicher Teilnehmer, welcher sich den Besitz ebenfalls durch eigenmächtige Handlung verschaffte: die von B dem A gestohlene Sache entwendet der C wieder dem B. Endlich muß die Kenntnis sich erstrecken auf die Fehlerhaftigkeit im Besitze des Vorgängers, es genügt nicht die Kenntnis im Besitze des Vorvorgängers. Protokolle zweiter Lesnng, Bd. 3 S. 38: 'Dem Kläger haften nicht dagegen Rechtsnachfolger eines Besitzers, der seinerseits von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe keine Kenntnis hatte, also fehlerfrei besaß.'

Ausgeschlossen ist indes keineswegs, daß nicht auch ein zweiter Sondernachfolger hafte. Dies tritt nämlich dann ein, wenn der zweite Sondernachfolger beim Erwerbe sowohl die Fehlerhaftigkeit im Besitze des Vorgängers, wie des Vorvorgängers kannte. Beispiel: der Hehler verkauft die gestohlene Sache weiter, der Käufer weiß um die Hehlerei wie den Diebstahl.

Unter den entsprechenden Voraussetzungen wäre weiter möglich die Haftung eines dritten, vierten u. s. w. Sondernachfolgers.

Bei der Gesammtnachfolge wird eine Kenntnis nicht verlangt. Es kommt aber nicht bloß der Erbe desjenigen in Betracht, der eigenmächtig handelte, sondern ebenso die Erben der haftenden Sondernachfolger.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war.

Der Anspruch ist ausgeschlossen: was damit gemeint, ist zu ersehen aus den Motiven, Bd. 3 S. 132. Das B.G.B. kennt nur eine Verjährung der Ansprüche, nicht der Einreden: § 194 Abs. 1. Hier stieß man nun auf eine Einrede, für deren Geltendmachung eine kurze Befristung wünschenswert. Man wählte daher die Ausschlußfrist statt der Verjährung. Allerdings ein eigentümlicher Ausweg! Wenn sich für Verjährung von Einreden ein Bedürfnis herausstellt, so hätte man die bloße Anspruchsverjährung fallen lassen müssen. Ueberhaupt gehört der Gegensatz von Verjährung und Ausschlußfrist, wie ihn das B.G.B. darbietet, nicht zu dessen Glanzpunkten.

Strohal in Ihering's Jahrbüchern Bd. 38 S. 129, 130 zieht aus der Ausschlußfrist die Folgerung: daß der Richter den Kläger ohne weiteres abzuweisen habe, 'wofern er auch nur aus dem Vorbringen des Klägers ersieht, daß der von diesem geltend gemachte Anspruch nach § 861 Abs. 2 ausgeschlossen ist'.

So leicht wird es nun wohl nicht vorkommen, daß der Kläger in der Klage schon angäbe, er habe den Beklagten selber gewaltsam vertrieben oder dgl. Und wenn es vorkäme, steht es immer noch zweifelhaft um die Ansicht Strohal's. Denn die Sache müßte doch nach prozessualischen Grundsätzen entschieden werden.

Setzen wir den Fall: der Kläger beantrage gegen den nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil. Hier hat der Richter auf Grund von C.P.O. § 331 Abs. 2, soweit das Vor-

bringen des Klägers den Klageantrag rechtfertigt, das Versäumnisurteil zu erlassen; soweit dies nicht der Fall, die Klage abzuweisen. Der Richter hat sich also nur um das Vorbringen des Klägers zu kümmern, soweit dasselbe den Klageantrag rechtfertigt. Zum Klageantrag gehört aber nicht, daß der Kläger den Beklagten gewaltsam vertrieben habe.]

Gegen Strohal schon F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2 [3.4] § 44 S. 179 Anm. 10: weil die Formel 'der Anspruch ist ausgeschlossen' die peremptorische Einrede bedeute. Die Einrede des B.G.B. ist nun freilich ein recht dunkler Begriff: Fischer-Henle [2] zu § 202 des B.G.B. Anm. 6. Gegen Endemann wiederum Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 190 S. 85.

Jedenfalls wird es nach wie vor gestattet sein, von einer Einrede des fehlerhaften Besitzes in prozessualem Sinne zu sprechen. Von diesem Standpunkte aus erhalten wir den Satz: der Entziehungsklage steht eine wirksame Einrede entgegen, die Einrede des fehlerhaften Besitzes. Hat N, der Beklagte, den A, den Kläger, vom Grundstücke heruntergeworfen, von welchem A früher den N herunterwarf, so schützt ihn die Einrede: dein Besitz war mir gegenüber ein fehlerhafter, deshalb war es keine verbotene Eigenmacht, daß ich dich wieder hinunterwarf. Dabei ist indes Voraussetzung, daß N den A wieder hinunterwarf, als seit der Besitzentziehung noch kein Jahr verflossen war: B.G.B. § 861 Abs. 2.

Setzen wir: A klage am 23. April 1897 gegen N wegen Besitzentziehung, die am 1. April 1897 stattgefunden hat. N läßt sich dahin vernehmen: du hast mich ja selber heruntergeworfen. Fand dieses erstmalige Herunterwerfen nach dem 1. April 1896 statt, so ist die Einrede begründet. Wurde dagegen schon am 1. April oder vor dem 1. April 1896 heruntergeworfen, so wird die Einrede durch die Gegeneinrede beseitigt: du warst zur Eigenmacht nicht mehr berechtigt.

Aufmerksam zu machen ist auf eine Ungenauigkeit, an der mir der Gesetzestext zu leiden scheint. Es heißt im zweiten Absatz des § 861: 'der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der

entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war'. Der Nachfolger im Besitze hat doch nur die Fehlerhaftigkeit in der Person des Erblassers, nicht eines sonstigen Vorgängers ohne weiteres gegen sich gelten zu lassen. Um an das vorgeführte Beispiel anzuknüpfen. N läßt sich dahin vernehmen: der X, von dem du gekauft, hatte mich nach dem 1. April 1896 heruntergeworfen. A kaufte am 1. März 1897 vom X, ohne um dessen Gewaltthat zu wissen. Hier war allerdings der entzogene Besitz dem Rechtsvorgänger des A gegenüber ein fehlerhafter. Trotzdem werden wir das eigenmächtige Vorgehen des N dem A gegenüber nicht dulden dürfen. Denn nach § 858 Abs. 2 des B.G.B. muß der Nachfolger im Besitze, wenn er kein Erbe ist, die Fehlerhaftigkeit des Vorgängers nur dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie beim Erwerbe kannte. Eine alle Bedenken ausschließende Fassung wäre folgende gewesen: der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war, soferne der gegenwärtige Besitzer die Fehlerhaftigkeit im Besitze seines Vorgängers gegen sich gelten lassen muß.

Wegen einer andern Ungenauigkeit im Texte betreffend die zeitliche Schranke siehe Strohal a. a. O. S. 132, 133.

Dagegen genügt an und für sich nicht ein Recht, infolge dessen der Beklagte die Sache für sich beanspruchen könnte: selbst wenn dieses Recht liquide sein sollte. Eine Frau läßt den Schrank durch einen Schlosser öffnen, in welchem ihr Mann zwei Einlagebücher verwahrte, um diese an sich zu nehmen; die Frau darf sich nicht auf Eigentum bezw. Miteigentum berufen: S. A. Bd. 41 Nr. 261. — Ein Anerbe, der mit dem 24. Lebensjahre berechtigt war, die Wirtschaft zu übernehmen, darf sich wider den Willen einer Nutznießerin, obwohl deren Nutzungsrecht bereits beendet war, nicht in den Besitz des Hofes setzen: S. A. Bd. 31 Nr. 111. — Ein Eigentümer, welcher versprochen hatte, Sparkassenscheine auf den Namen des X umschreiben zu lassen, kann sie zurückverlangen, wenn X eigenmächtig den Koffer des Eigentümers öffnete, um

ihm diese Scheine zu entnehmen: S. A. Bd. 37 Nr. 290. — Ein Handlungsdiener nimmt Geld aus der Geschäftskasse, um sich wegen einer Darlehnsforderung zu befriedigen; solange er noch Besitzer, kann ihm das Geld wieder entzogen werden; hat er aufgehört zu besitzen, so entsteht gegen ihn ein Anspruch auf Schadensersatz, dem gegenüber nach B.G.B. § 393 die Aufrechnung nicht zulässig: S. A. Bd. 44 Nr. 16. — Wer Geld für eine Genossenschaft eingenommen, behielt dasselbe für sich. Hier ist fehlerfreier Besitz, dem mittelbarer Besitz zur Seite stand, umgewandelt in fehlerhaften, siehe oben § 31 S. 258. Dieser fehlerhafte Besitz muß herausgegeben werden, selbst wenn er zur Befriedigung einer Forderung dienen sollte. Eventuell Anspruch auf Schadensersatz, dem gegenüber die Aufrechnung ausgeschlossen: S. A. Bd. 48 Nr. 19. — Ein Konkursverwalter, der sich eigenmächtig in den Besitz des vom Gemeinschuldner kurz vor der Konkurseröffnung veräußerten Geschäftes — nämlich des Warenlagers, der Geschäftskasse, der Geschäftsbücher — gesetzt hatte, muß wieder weichen, ohne daß es ihm gestattet, die Anfechtung des Veräußerungsgeschäftes einredeweise zur Geltung zu bringen: S. A. Bd. 47 Nr. 6. — Von einem Zurückbehaltungsrechte kann bei der Klage wegen Besitzentziehung keine Rede sein: Josef, Arch. für bürg. Rt., Bd. 15 S. 287, 288.

Wird freilich mit der Darlegung des sonstigen Rechtsverhältnisses nichts weiter bezweckt, als die Berechtigung zur Selbsthülfe klar zu stellen, so ist dagegen nichts einzuwenden: B.G.B. § 863. Eine Frau war davongegangen unter Mitnahme verschiedener Sachen; sie behauptete, dieselben seien ihr vom Manne geschenkt worden: S. A. Bd. 51 Nr. 95.

V. Erlöschen des Anspruchs.

Der Anspruch ist erloschen, wenn seit Verübung der Eigenmacht ein Jahr abgelaufen, ohne daß eine Klageerhebung erfolgte: B.G.B. § 864 Abs. 1.

Der Anspruch ist schon früher erloschen, wenn dem Thäter durch rechtskräftiges Urteil ein Recht an der Sache zugesprochen

wurde, das dem geschaffenen Besitzstande entspräche: B.G.B. § 864 Abs. 2.

β) § 48. Die Klage wegen Beseitigung und Unterlassung von Störungen.

Wer in Ausübung des Besitzes gestört wird, kann vom Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so darf der Besitzer auf Unterlassung klagen. B.G.B. § 862 Abs. 1.

Dem Störer, der verurteilt wurde, die Störung zu unterlassen, ist nötigenfalls eine Strafe anzudrohen. Dann ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Besitzers in Strafe zu nehmen. Höhe der Strafe bis zu 1500 Mark oder sechs Monaten Haft. Wird mehrmals auf Haft erkannt, so soll das Gesammtmaß zwei Jahre nicht übersteigen. C.P.O. § 890 Abs. 1, 2. Zur Stellung einer Sicherheit kann der Störer zwar angehalten werden für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden — C.P.O. § 890 Abs. 3 — aber nicht wegen der Zuwiderhandlung als solcher.

I. Gegenstand.

Die Klage erstreckt sich auf Grundstücke wie bewegliche Sachen.

Bei Grundstücken sind hier ebenfalls maßgebend die für das Eigentum im § 905 S. 2 anlangend die Grenze nach oben und unten getroffenen Bestimmungen. Der Besitzer kann Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß seine Besitzausübung darunter nicht leidet. In einer Tiefe von hundert oder mehr Metern wird ein Tunnel unter dem Grundstücke angelegt. Oben innerhalb der Luftlinien meines Grundstückes fliegt ein Drachen oder ein Luftballon.

Man pflegt sich freilich ein Grundstück vorzustellen: nach oben unbegrenzt, nach unten mindestens bis zum Mittelpunkte der Erde reichend. Vgl. z. B. Jurisch, Grundzüge des Luftrechts, S. 29. Dieser Auffassung ließe sich sogar anpassen

§ 905 S. 1. Allein wo kein Verbietungsrecht mehr vorhanden, hören auch die Begriffe Besitz und Eigentum auf. Das Grundstück im Rechtssinne ist kein Kegel, der sich bis zum Mittelpunkte der Erde erstreckt, mit unbegrenztem Luftraum. Das Grundstück im Rechtssinne ist vielmehr ein Erdausschnitt von mäßiger Tiefe mit mäßigem Luftraum.

Außer den Grundstücken und beweglichen Sachen kommen für die Besitzstörung noch gewisse Dinge in Betracht, die Wirkungen äußern, als da sind: Licht, Wärme, Elektrizität. Siehe darüber unten Z. IV, 2.

II. Die Person des Klägers.

Kläger ist nicht nur der Alleinbesitzer, sondern auch der Teilbesitzer: B.G.B. § 865. Dasselbe gilt vom Mitbesitzer jedenfalls Dritten gegenüber: § 866. Vgl. Ulp. fr. 1 § 7 Uti poss. 43, 17.

Wird jemand im Besitze gestört, der die Sache für einen anderen inne hat, so erwirbt der mittelbare Besitzer ebenfalls eine Klage, B.G.B. § 869. Die Klage des mittelbaren Besitzers ist darauf zu richten: daß die Störung dem wirklichen Besitzer gegenüber beseitigt werde bezw. unterbleibe. Für das Verhältnis der beiden Klageberechtigten zu einander kämen wieder die § 47 Nr. II S. 422 entwickelten Grundsätze in Betracht.

Wegen des Erben siehe oben § 19 Nr. IV, 1 S. 186.

Der Kläger hat darzuthun, daß er Besitzer und daß sein Besitz gestört worden: S. A. Bd. 46 Nr. 92. Der Nachweis des Besitzes kann unter Umständen seine Schwierigkeiten haben: z. B. bei Mauern zwischen zwei Häusern, S. A. Bd. 26 Nr. 79; oder bei Gräben, S. A. Bd. 9 Nr. 33; oder bei einem Walde, Dernburg, B. Rt., Bd. 3 § 26.

Der Besitz ist ein Rechtsverhältnis, auf dessen Vorhandensein aus Thatsachen und Handlungen geschlossen wird. Die Eideszuschiebung ist nur über Thatsachen zulässig: C.P.O. § 445. Deshalb ist ein Eidesantrag über den Besitz als solchen nicht zu gestatten: S. A. Bd. 8 Nr. 184; Bd. 12 Nr. 211.

Die Thatsachen, denen zufolge auf Besitz zu schließen, können der Vergangenheit angehören. Ob solche Thatsachen zum Beweise gegenwärtigen Besitzes genügen, hat richterliches Ermessen abzuwägen. Eine überall eingreifende Vermutung für die Fortdauer des Besitzes giebt es nicht. Siehe Dernburg a. a. O.; Motive, Bd. 3 S. 100.

Das sonstige Rechtsverhältnis braucht nicht dargelegt zu werden. Es kann indes zweckmäßig sein, hierauf zurückzugehen. Ein Mieter, welcher in seinem Besitze gestört worden, beruft sich auf seinen Mietsvertrag, um seinen Besitz als unzweifelhaft hinzustellen.

Der mittelbare Besitzer, welcher zur Klage schreitet, steht insofern anders da, als er außer der Störung in der Person des Zeitbesitzers das Verhältnis darthun muß, vermöge dessen dieser ihm gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet.

In jeder Hinsicht muß der Beweis zu voll erbracht werden. Es genügt keine bloße Bescheinigung, Glaubhaftmachung, womit man sich beim Summariissimum zufrieden gab: S. A. Bd. 12 Nr. 108. Selbst beim gewöhnlichen Besitze war die gemeinrechtliche Praxis geneigt, abzusehen von den strengen Erfordernissen eines vollen Beweises: S. A. Bd. 6 Nr. 68. Dabei ist zu erwägen, daß die bestimmten Beweisregeln des gemeinen Rechts viele Schwierigkeiten schufen, die bei einer freien richterlichen Beweiswürdigung, wie sie im § 286 der C.P.O. als Grundsatz hingestellt, nicht vorhanden sind.

Beim Beweis des Besitzes ist zunächst der Zeitpunkt der Klagerhebung maßgebend. Wie nun, wenn dem Kläger später im Laufe des Verfahrens der Besitz verloren ging? Das soll nach einer Entscheidung in S. A. Bd. 32 Nr. 302 nichts ausmachen.

Die Entscheidung ist gefällt vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus; und ob sie für das gemeine Recht in jeder Beziehung zutrifft, mag auf sich beruhen bleiben. Ich beschränke mich darauf, der Frage vom Standpunkte unserer C.P.O. näher zu treten.

Hauptfall: der Kläger veräußert nach der Klagerhebung. Ist er jetzt noch zur Fortsetzung des Verfahrens sachlich legitimiert? Es kommt darauf an, ob das von ihm zu erwirkende Urteil gegen den Rechtsnachfolger wirksam sein würde.

Dies läßt sich für eine bloße Besitzstörung nicht annehmen. Demnach wird dem Kläger auf Grund von § 265 Abs. 3 der C.P.O. der Einwand entgegengesetzt werden können, 'daß er zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr befugt sei'.

Eine andere Frage: ist der Rechtsnachfolger berechtigt bezw. verpflichtet, den Rechtsstreit fortzuführen?

Auch diese Frage wird man verneinen müssen. Der § 266 der C.P.O. erkennt eine solche Berechtigung bezw. Verpflichtung nur an, wenn 'über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke beruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig'.

Demnach wird es bei einer Anlage dem Ermessen des Rechtsnachfolgers zu überlassen sein, ob er wegen der Besitzstörung einen neuen Rechtsstreit beginnen will. Bei persönlichen Eingriffen wird es erst neuer Besitzstörungen bedürfen, um dem Rechtsnachfolger ein Klagerecht zu verschaffen.

Ein Bierwirt hat jemand verklagt, der fortwährend seine Gäste aus der Bierstube vertreibt. Während des Prozesses verkauft der Bierwirt sein Grundstück. Der Käufer denkt gar nicht daran, den Bierschank fortzusetzen, sondern will einen Verkaufsladen anlegen. Hier mag man doch erst abwarten, ob sich die Besitzstörungen dem Käufer gegenüber wiederholen werden; nach Lage der Sache ist das nicht gerade wahrscheinlich.

Ist demnach ein Besitzstörungsprozeß vom Rechtsnachfolger nicht zu übernehmen, so würde eine Fortsetzung unter den alten Parteien nur noch der Kosten wegen von Bedeutung sein.

III. Art und Weise der Störung.

Die Störung wird begangen durch verbotene Eigenmacht: B.G.B. § 862 Abs. 1. Mag nun vorliegen gewaltthätiges Handeln, heimliches Handeln, Handeln wider Verbot. Bestreiten des Besitzes kann hinzutreten, ist aber keineswegs erforderlich: S. A. Bd. 23 Nr. 136; Bd. 25 Nr. 6; Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Bd. 5 S. 472. Bloßes Bestreiten des Besitzes wäre nicht genügend: denn darin ist keine verbotene Eigenmacht zu erblicken.

Die Besitzstörung tritt auf in gar mannigfacher Gestalt. Dies mag zunächst durch eine Aneinanderreihung von Beispielen veranschaulicht werden.

Es findet sich jemand auf einem Grundstücke ein und geberdet sich als Mitbesitzer: S. A. Bd. 8 Nr. 347. — Jemand dringt des wiederholten Verbotes ungeachtet in das Haus und die Gaststube, um die daselbst anwesenden Biergäste zu beleidigen und durch sein rohes Betragen zu vertreiben: S. A. Bd. 19 Nr. 232. — Ein Magistrat läßt die Sohle eines in Privatbesitz befindlichen Grabens durch Einschütten von Erde erhöhen: S. A. Bd. 23 Nr. 229. — Abfließende Jauche aus einem als Kuhstall benutzten Keller macht das Wasser eines im benachbarten Keller befindlichen Brunnens ungenießbar. Merkwürdigerweise in S. A. Bd. 2 Nr. 136 nicht als Besitzstörung aufgefaßt, vgl. dagegen Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 471. — Gewaltsame Entfernung eines Zaunes, um sich einen Weg zu bahnen: S. A. Bd. 48 Nr. 169. — Das Dach eines Schuppens wird gewaltsam abgebrochen, um auf der Mauer die Rückwand einer Gartenhalle zu errichten: S. A. Bd. 26 Nr. 79. — Sendung eines Geometers zum Zwecke der Vermessung, einseitige Grenzbestimmung durch Einschlagen von Pflöcken: S. A. Bd. 34 Nr. 273. — Der gerichtlich bestellte Sequester einer Liegenschaft braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß der Eigentümer die Materialien eines abgebrochenen Gebäudes fortfahren läßt: S. A. Bd. 37 Nr. 8. — Infolge einer von der Behörde vorgenommenen Chausseedossierung fällt Erde in den angrenzenden Graben.

Merkürdigerweise nicht als Besitzstörung aufgefaßt in S. A. Bd. 9 Nr. 34, vgl. dagegen Ubbelohde in Fortſ. von Glück, Bd. 5 S. 485 flg. — Ein Stadtrat verweigert die Erlaubnis zur Umzäunung eines Platzes: S. A. Bd. 9 Nr. 159. — Verwandte des Erblassers, die nicht zu Erben eingesetzt, betreten gegen den Willen des Testamentsvollstreckers das Sterbehaus und sind bemüht, die Geldkiste sowie die darin befindlichen Wertpapiere fortzuschaffen: S. A. Bd. 14 Nr. 102. — Schäfer treiben Schafe auf ein Grundstück, das von andern besessen wird: S. A. Bd. 5 Nr. 172; Bd. 16 Nr. 222. — Laubholen im Walde: S. A. Bd. 14 Nr. 138.

Es genügt die Besitzstörung als solche. Die Absicht, fremden Besitz zu stören, ist kein wesentliches Erfordernis: S. A. Bd. 35 Nr. 184; F. Endemann, Lehrb., Bd. 2 [3.4] S. 182. Leute, welche Auftrag haben, Holz zu fällen, überschreiten irrtümlicherweise die Grenze und fällen Bäume des Nachbarn: S. A. Bd. 43 Nr. 261. Bei einer Chausseedossierung war Erde in einen anstoßenden Graben gefallen. Mit Unrecht wird die Besitzstörung verneint S. A. Bd. 9 Nr. 34, weil dieses Herabfallen gegen den Willen der Behörde und der Aufseher geschehen sei.

Insonderheit kann derjenige, welcher über das Grundstück seines Nachbarn fährt, indem er recht gut weiß, daß ihm eine Fahrgerechtigkeit nicht zustehe, nicht einwenden: ich habe gar nicht die Absicht gehabt, den Besitz einer Fahrgerechtigkeit auszuüben. Wer mit Bewußtsein über ein fremdes Grundstück fährt, übt damit den Besitz einer Fahrgerechtigkeit aus und nimmt jedenfalls eine Handlung vor, die der Nachbar als Besitzstörung betrachten darf. Vgl. S. A. Bd. 25 Nr. 6.

Eine Besitzstörung ist in der Weise möglich, daß sie für die Sache, das Grundstück, keinerlei nachteilige Folgen zurückläßt. Eine Beschädigung der Sache braucht mit der Besitzstörung nicht verbunden zu sein: Ubbelohde, Fortſ. von Glück, Bd. 50 S. 470. Wer Holz schlagen will, das zum Fällen bestimmt ist, würde dem Eigentümer nur eine Ausgabe ersparen; gleichwohl braucht er sich dies nicht gefallen zu lassen.

— Aus Gründen der Medizinalpolizei ist die Sohle eines Grabens zu erhöhen; der Besitzer des Grabens wehrt sich dagegen, daß die Gemeinde für ihn die Arbeit ausführen lassen will: S. A. Bd. 23 Nr. 229. — Wird der Eiskeller einer Schlächterei mit Eis gefüllt, so ist dies fürs Geschäft nur von Vorteil: darf der Besitzer dem widersprechen? In einem Falle dieser Art — siehe darüber oben § 18 S. 150 — hatte der Mieter des Eiskellers die Füllung von anderer Seite ruhig geschehen lassen und darauf wegen Besitzstörung geklagt: S. A. Bd. 40 Nr. 277. Das ging natürlich nicht an; um so weniger, als eine Wiederholung der Störung kaum zu besorgen und ein Schaden nicht erwachsen war. Die Klage wurde in allen drei Instanzen abgewiesen, aber aus verschiedenen Gründen.

IV. Einteilung der Störungen.

1. Mittelbare und unmittelbare Störung.

a) Begriff.

Unter mittelbarer Besitzstörung verstehe ich eine Thätigkeit, welche sich nicht auf dasjenige Grundstück beschränkt, auf dem sie zunächst vorgenommen wird, deren Wirkungen sich vielmehr auf andere Grundstücke mitübertragen.

Ein Hauptfall ist die Verunreinigung der Luft.

Wir leben am Grunde eines Luftmeeres. Gewisse Einwirkungen von einem Grundstücke auf das benachbarte durch Vermittelung der bewegten Luft sind unvermeidlich. Vgl. Jurisch, Grundzüge des Luftrechts, S. 57.

Die Luft im allgemeinen ist kein Gegenstand der Rechtsordnung. Wir brauchen allerdings die Luft zum Atmen, um leben zu können. Aber sie ist ja in unerschöpflicher Menge vorhanden; und was dem Menschen überall entgegengetragen wird, empfindet er nicht als Rechtsgut. Körperlich ausgeschiedene Teile der Luft sind allerdings rechtsfähig und verkehrsfähig.

Jurisch a. a. O. S. 15 hat den Satz aufgestellt: 'die Luft, welche sich zu irgend einem Zeitpunkte über einem Grund-

stücke befindet, gehört dem Eigentümer des Grundstückes zu eigen'. Das ist nicht richtig. Die Luft des Zimmers gebrauche ich allerdings zum Atmen; auch wohl zu andern Zwecken: z. B. als Zugluft für meinen Ofen. An und für sich habe ich aber an solcher Luft weder Eigentum, noch besitze ich sie. Wenn jemand in mein Zimmer tritt und dort Luft atmet, so entzieht er mir weder Besitz noch Eigentum.

Die Besitzstörung, um die es sich bei Verunreinigung der Luft handelt, kann demnach nicht darin bestehen, daß von mir besessene Luft verschlechtert wird; sie beruht vielmehr darauf, daß in den von mir besessenen Luftraum schädliche Substanzen dringen.

Mithin gehört zum Inhalt des Besitzbegriffes: daß ich berechtigt bin, auf meinem Grundstücke frische Luft zu atmen.

Andererseits ist es ganz unmöglich, die Verunreinigung der Luft in jeder Hinsicht zu vermeiden. Der Rauch aus meinen Schornsteinen zieht in die Lufträume meiner Nachbarn. Aber ich muß im Winter doch heizen, in der Küche muß doch gekocht werden.

Mithin gehört weiter zum Besitzbegriffe: daß ich berechtigt bin, in einem gewissen Umfange die Luft zu verunreinigen.

Beide Gesichtspunkte treten schon hervor bei Ulp. fr. 8 § 5 Si seru. uind. 8, 5: agique sic posse dicit (Aristo) cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum uidetur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter uelit, suo uti.

b) Abgrenzung.

Demnach dreht sich alles um die Frage: wo ist die Grenze? Halte ich die gestattete Grenzlinie inne, so ist das berechtigte Besitzausübung; überschreite ich diese Grenzlinie, so störe ich den Besitz meines Nachbarn.

Es wäre ein Gesetz denkbar, welches die Grenzlinie durch

Zahlen festlegte: im Kubikmeter der verunreinigten Luft darf nur so und so viel Gramm schädliche Substanz enthalten sein. Vgl. Jurisch a. a. O. S. 57.

In dieser Weise ist das B.G.B. nicht zu Werke gegangen, sondern hat einen mehr unbestimmten Standpunkt eingenommen.

Das B.G.B. § 906 bringt zunächst folgende Zusammenstellung: die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem andern Grundstücke ausgehende Einwirkungen. Zu den ähnlichen Einwirkungen gehört z. B. der Staub.

Die Grenzlinie ist in folgender Weise festgesetzt: der Eigentümer eines Grundstückes kann derartige Einwirkungen 'insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstückes nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des andern Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist.'

Die Bestimmung ist zwar nur für den Eigentümer getroffen, der Besitz wird aber gerade so zu behandeln sein.

Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 79 S. 229 beschränkt das Klagerecht auf dingliche Nutzungsberechtigte. Mieter und Pächter können 'von ihren Vermietern oder Verpächtern fordern, daß diese ihnen Abhilfe verschaffen'. Meines Erachtens haben Mieter und Pächter als Besitzer ein selbständiges Klagerecht.

Die Fassung ist trotz des 'nicht verbieten' keine rein negative, sondern teils positiv, teils negativ.

Es wird positiv gestattet eine Benutzung, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Es muß derjenige Staub geduldet werden, welcher durch die gewöhnliche Hausreinigung, das Ausklopfen von Kleidungsstücken, Betten, Teppichen, entsteht. Vgl. Spangenberg, Arch. für die civ. Pr., Bd. 9 S. 270. Ferner erinnere ich an das Abbrennen des Kartoffelstrohs auf Kartoffeläckern. Was an einem Orte Besitzesstörung, braucht es nicht überall

zu sein. Industriebezirke sind anders zu behandeln, als ein Villenviertel.

Treu und Glauben machen sich bei Verträgen hier ebenfalls geltend: § 157. Es verkauft jemand einen Teil seines Grundstückes, damit der Käufer eine Fabrik darauf anlege. Ein solcher Verkäufer kann sich hinterher nicht über die Dämpfe der Fabrik beklagen. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 230.

Es ist dies wohl nicht aufzufassen als eine Dienstbarkeit, die der Verkäufer dem ihm verbleibenden Grundstücksteile auferlegt: denn dann würde nach § 1029 Eintragung im Grundbuch erforderlich sein.

Ferner wäre anzuwenden der Satz des Pomponius in fr. 203 de diu. reg. iur. 50, 17: Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire. ‘Klägerin hatte ihr gottesdienstliches Gebäude selbst dicht an die Werkstätte des Beklagten, von welcher der Lärm drang, herangerückt’: Dernburg a. a. O.

Hier eingreifende Bestimmungen des revidierten lübischen Rechts Buch III Tit. 12 Art. 11. 12 und des entsprechenden Rostocker Stadtrechtes Buch III Tit. 12 Art. 14. 16 sind schon durch ein Reichsgesetz vom 4. Nov. 1874 ausdrücklich aufgehoben. Nach lübischem Rechte durften neue gemeine Badestuben und Backhäuser ohne Bewilligung des Rats und der Nachbarn nicht gebauet werden. Ferner nicht ohne der Nachbarn Willen Brau-, Schmiede-, Töpfer-, Sehmhäuser (Gerbereien). Weiter zählten zu den unleidlichen Handwerken die der Fischweicher, Tallichschmelzer, Gold- und Kupferschläger, Grapengießer, Knochenhauer, Bötticher, Seifensieder, Branntweinbrenner, Krüger.

Nach dem B.G.B. werden die Nachbarn Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen, welche der Betrieb dieser Gewerbe mit sich bringt, so weit ertragen müssen, als dies der Ortsüblichkeit entspricht.

Andererseits sind nicht verboten alle Einwirkungen dieser Art, welche die Benutzung eines Grundstückes nur unwesentlich beeinträchtigen.

Ein scharfer Gegensatz zwischen einer derartigen Einwirkung und einer gewöhnlichen Einwirkung ist kaum vorhanden, denn viele gewöhnliche Einwirkungen werden nur eine unwesentliche Beeinträchtigung zur Folge haben.

Das Hinüberflattern der aufgehängten Wäsche muß man sich gefallen lassen: S. A. Bd. 34 Nr. 99; ebenso unangenehme Gerüche, wenn sie nicht gar zu lästig werden.

Der Nachbar eines Gastwirtes hatte in der Nähe von dessen Speisesaal eine Mistkuhle. Dagegen wird nicht viel zu machen sein. Aber wenn der Nachbar allmittaglich zur Speisestunde längere Zeit hindurch die Mistkuhle umrühren ließe, so wäre das doch wohl als wesentliche Beeinträchtigung aufzufassen. Vgl. Werenberg, in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 6 S. 4. Unbedeutende Erschütterungen muß man hinnehmen, aber nicht, wenn sie Risse in den Mauern eines Hauses zur Folge haben: S. A. Bd. 12 Nr. 124; Bd. 27 Nr. 208.

Lärm und Getöse, welches jemand auf seinem eignen Grundstücke verursacht, darf der Nachbar nicht ohne weiteres verbieten. Daß es aber nie, wenn auch noch so groß, einen civilrechtlichen Anspruch gewähre, wie ausgeführt wird in einem Erkenntnisse S. A. Bd. 12 Nr. 123: ist ein Satz, der schon für das gemeine Recht nicht zutrifft, und sich vollends vom Standpunkte des B.G.B. aus nicht halten läßt.

So weit diesem zufolge eine Besitzesbeschränkung durch nachbarliche Eingriffe möglich, ist dieselbe nicht so zu verstehen, als ob der Besitzer nichts dagegen unternehmen dürfte. Er kann z. B. Vorkehrungen treffen, welche den Dämpfen und dem Rauch eine andere Richtung geben. Es verhält sich hier anders, wie mit dem natürlichen Wasserabfluß, wogegen sich nichts machen läßt.

c) Nähere Beschaffenheit.

Den ähnlichen Einwirkungen wird auch zu unterstellen sein der elektrische Strom. Durch den Betrieb einer elektrischen

Bahn in der Nähe eines physikalischen Instituts werden dort die Beobachtungen gestört.

§ 906 S. 2 hebt besonders hervor: 'Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.' Es werden z. B. Dampf und Rauch mittelst bestimmter Röhren in das Grundstück des Nachbarn hineingeleitet: S. A. Bd. 9 Nr. 218.

Die Besitzstörung braucht nicht von nachteiligen Folgen begleitet zu sein. Wo sich aber nachteilige Folgen für Personen wie Sachen ergeben, ist eine Besitzstörung um so eher anzunehmen.

Durch die üblen Ausdünstungen einer Abdeckerei und einer Düngerfabrik wurden die Bewohner eines benachbarten Hauses in der Weise belästigt, daß sie an häufigem Erbrechen und noch häufigerer Uebelkeit litten: Jurisch a. a. O. S. 58.

Ein Fabrikant von Silberwaren hat die größeren Stücke seines Lagers in seinem Magazin frei auf dem Tische stehen. In der Nachbarschaft ist ein anderer Gewerbebetrieb eingerichtet worden, welcher ab und zu Schwefelwasserstoffgas in die Luft entweichen läßt. Dieses Gas wird durch den Wind in das Silberwarenmagazin geführt und schwärzt dort alle freistehenden Stücke. Sie erlangen das Ansehen, als wären sie aus Tomback, Blei oder Eisen; und mußten in die Werkstatt zurückgehen, um gereinigt und von neuem poliert zu werden. Vgl. Jurisch a. a. O. S. 52, 58.

Unmittelbare Nachbarschaft ist nicht erforderlich, der Wind beschränkt sich nicht auf die angrenzenden Grundstücke.

Ebenso wenig ist nötig, daß die regelmäßige Benutzung gehindert werde. Eine Wiese wird ab und zu als Bleiche benutzt, die Leinewand leidet durch den Ruß einer Fabrik: Dernburg a. a. O. S. 230.

Die Anlage kann in einer Anpflanzung bestehen. Von Berberitzensträuchern wird auf die benachbarten Roggenfelder durch Pilze Grasrost übertragen: Dernburg a. a. O. S. 229.

Es ist auch eine mittelbare Besitzstörung ohne alle Anlage möglich. Dernburg a. a. O. nennt als Beispiel das Geheul einer Hundemeute.

Es genügt zur Besitzstörung schon die Unterlassung: ein Teich, der nicht gereinigt wird, verbreitet schädliche Miasmen. Siehe Dernburg a. a. O.

2. Besitzstörung durch Luft- und Kraftentziehung.

Die Besitzstörung durch Luft- und Kraftentziehung bildet einen Gegensatz zu der mittelbaren Besitzstörung durch Einwirkung. Im letztern Falle wird auf einen Luftraum eingewirkt: jetzt soll uns die Besitzstörung beschäftigen, welche durch eine Fernhaltung bezw. Entziehung erfolgt.

Die Dinge, um die es sich handelt, sind teils in der Natur vorhanden: Luft, Wind, Licht, Wasserkraft; teils werden sie erzeugt durch menschliche Arbeit: Dampfkraft, Wärme, Elektrizität.

Man streitet darüber, ob die Elektrizität den Sachen zuzuzählen: dafür Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 1 S. 2, 3; dagegen Endemann, Lehrb., Bd. 1[3] § 50 S. 227. Wahrscheinlich ist Elektrizität eine besondere Art der Luftwellen; jedenfalls ein Ding, das Wirkungen äußert. Dies genügt zum Begriff der Besitzstörung.

Aehnlich verhält es sich mit Wärme und Licht.

Unser Standpunkt ist gegeben durch die Bemerkung Ulpian's in fr. 8 § 5 D. Si seru. uind. 8, 5: uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter uelit, suo uti. Ich kann, wie ich will, eine Sache, ein Grundstück nicht gebrauchen, wenn gewisse Einwirkungen von dort ferngehalten werden.

Bei den Einwirkungen, welche die Natur darbietet, entsteht wiederum die Frage: auf wie viel Einwirkung hat der eine Anspruch; wie viel Einwirkung darf ihm der andere entziehen? Wir haben die Grenzlinie zwischen den Befugnissen beider aufzusuchen.

Ich will zu diesem Zwecke die Sache durch ein paar Beispiele veranschaulichen.

Nach c. 14 § 1 de seru. 3, 34 vom J. 531 darf niemand den Luftzug zu einer Tenne verbauen.

Man hat diese Bestimmung auf Windmühlen ausdehnen wollen. Dagegen ein Erkenntnis des O.L.G. zu Rostock: S. A. Bd. 48 Nr. 246.

Nach dem B.G.B. muß sich jeder die Entziehung derartigen Luftzuges, Windes gefallen lassen.

Wenn dagegen ein Fabrikant, der zum Betriebe von Oefen berechtigt, von einer Stelle über dem Grundstücke des Nachbarn die Luft wegsaugen wollte, so wäre das Besitzstörung. Vgl. Jurisch, Luftrecht, S. 9.

Nach dem B.G.B. ist Verbauen des Lichtes gestattet. Es giebt aber an vielen Orten ein Licht- und Fensterrecht, das Art. 124 aufrecht erhält. Darnach ist die Entziehung von Licht eine Besitzstörung.

Wo die Kraftansammlung ein Erzeugnis menschlicher Arbeit, bedürfen wir keine Grenzlinie.

Wer aus einer andern Zentrale elektrischen Strom für seinen Motor entnimmt, ist Besitzstörer. Vgl. Deutsche Juristenzeitung, Bd. 1 S. 446. Sodann wer heimlich eine Verbindung seiner Glühlampen mit einer fremden elektrischen Leitung herstellt.

Ferner wäre Besitzstörung das Ableiten von Druckluft durch heimliche Anbohrung der Druckluftleitung: Jurisch a. a. O. S. 30.

Ebenso verhält es sich mit der Entziehung von Wärme. In einem Hause mit Luftheizung werden einzelne Räume vermietet. Die hier befindlichen Klappen für den Warmluftkanal läßt der Hausbesitzer mit Tapeten überkleben und dem Mieter Oefen setzen; er wollte die Luftheizung für sich behalten. Der Mieter findet es vorteilhafter die Tapeten über den Klappen zu entfernen und die Klappen zu öffnen, während die Luftheizung im Gange. Diese Wärmeentziehung ist Besitzesstörung. Der Vermieter wird auf diese Weise daran gehindert, die Luftheizung in der Weise zu benutzen, wie er es wollte. Andere Beispiele einer Wärmeentziehung in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. 3 S. 58: einen Ofen in der Wartehalle eines

Bahnhofes benutzen Reisende zum Wasserkochen; Anzünden von Zigarren an Straßenlaternen.

3. Dauernde Vorrichtung und persönliche Eingriffe.

Ein anderer Gegensatz, mit dem wir schon Berührung hatten: bald wird durch den Störenden eine dauernde Vorrichtung geschaffen, andererseits haben wir es zu thun mit persönlichen Eingriffen.

Von den Beispielen, die ich S. 434 unter III brachte, werden wir folgende der dauernden Vorrichtung einzureihen haben: die Sohle eines Grabens wird durch Einschütten von Erde erhöht, abfließende Jauche aus einem Kuhstall, Entfernung eines Zaunes, Abbrechen eines Daches, Grenzbestimmung durch Einschlagen von Pflöcken, in Folge einer Chausseedossierung fällt Erde in einen angrenzenden Graben.

Die dauernde Vorrichtung kann sich befinden auf dem Grundstücke des Störers oder des in seinem Besitz Gestörten. Sie besteht entweder in einem Wegnehmen oder einem Hinzuthun oder einem Aendern. Beispiel für ein Aendern ist die Vertiefung eines Grundstückes. Eine Vertiefung auf dem eignen Grundstück ist dann eine Besitzstörung, wenn der Boden des Nachbargrundstückes die erforderliche Stütze verliert. Die Besitzstörung läßt sich dadurch vermeiden, daß die etwa bedrohte Mauer durch Balken gestützt wird. Dieses Stützen durch Balken darf der Nachbar nicht etwa als Besitzstörung auffassen, denn es geschieht ja nur, um dem Vertiefen die besitzstörende Eigenschaft zu benehmen. Vgl. § 909.

Ubbelohde, Fortſ. von Glück, Bd. 5 S. 461 behauptet, daß bereits bestehende Vorrichtungen dem Uti possidetis nicht unterliegen. 'Hat der Nachbar trotz eines gesetzlichen Verbotes ein Fenster oder einen Balkon nach dem Grundstücke des andern zu angelegt, so ist damit der beiderseitige Besitzstand bereits geändert.' Wie nun, als der Balkon, das Fenster noch nicht fertig waren? Der Fensterrahmen war bereits eingesetzt, die Fenster aber noch nicht eingehängt; die Steinsohle des Balkons war bereits der Mauer eingefügt, das

Gitter darauf aber noch nicht angebracht: insoweit wäre doch auch schon der Besitzstand geändert. Es könnte mithin immer nur die Fortsetzung des Werkes mit dem Uti possidetis verhindert werden. Richtiger Bruns, Besitzklagen, S. 80.

Die persönlichen Eingriffe können ebenfalls von längerer Dauer sein: jemand richtet sich als Mitbesitzer häuslich ein. Meistens sind sie vorübergehender Natur: Sendung eines Geometers zum Zwecke der Vermessung; Materialien eines abgebrochenen Gebäudes werden fortgefahren; Verwandte, die nicht zu Erben eingesetzt, betreten das Sterbehaus und sind bemüht die Geldkiste fortzuschaffen; Schäfer treiben Schafe auf ein von andern besessenes Grundstück; Laubholen im Walde.

Persönliche Eingriffe vorübergehender Natur erlangen namentlich dadurch für die Besitzstörungsklage Bedeutung, daß sie sich wiederholen: häufiges Betreten einer Gaststube, um die Gäste zu vertreiben. Hier bedarf indes die Frage einer näheren Prüfung, inwiefern solche persönliche Eingriffe überhaupt als Besitzstörung zu betrachten sind.

Ubbelohde in Forts. von Glück Bd. 5 S. 481 hat folgenden Satz aufgestellt: 'Ein widerrechtliches Gebahren dagegen, welches dem Besitzer die volle Freiheit der Verfügung über das Grundstück beläßt, wird durch das Uti possidetis nicht getroffen'. Von diesem Satze macht Ubbelohde in einer Reihe von Fällen Anwendung. 'Nächtliche Ruhestörung, verübt durch Reißen an der Hausthürschelle, Pochen an die Schalter, selbst durch Eindringen in das gewaltsam geöffnete Haus u. dgl. kann also mit dem Interdikte nicht verfolgt werden; ebensowenig das gelegentliche Betreten unserer Grundstücke, mag es nun geschehen, weil der öffentliche Weg zeitweilig ungangbar ist, oder um einen Schmetterling zu fangen, einen entflogenen Kanarienvogel zu verfolgen, einem Diebe nachzusetzen, oder aus reinem Uebermute.' Eine Reihe von Entscheidungen der Gerichte hält Ubbelohde für irrig. Er erblickt keine Besitzstörung in dem unbefugten Eindringen in den Garten des Klägers mittels Uebersteigens über den Plankenzaun, S. A. Bd. 33 Nr. 285; in dem Fahren einer Ladung Eis über eine

Wiese, S. A. Bd. 39 Nr. 289; in dem Fällen von Bäumen in einem Walde, S. A. Bd. 43 Nr. 261. Nach Bruns, Besitzklagen, S. 71 flg. ist es Besitzstörung, 'wenn man seine Tiere auf fremde Grundstücke laufen läßt, also besonders wenn die Hirten die Herde nicht in Ordnung halten und die Tiere auf fremde Weide gehen.' Auch dagegen erklärt sich Ubbelohde.

Nur insoweit sollen 'solche Eingriffe in unsern Besitz, welche unsere Verfügungsfreiheit thatsächlich nicht schmälern', nach Ubbelohde in Betracht kommen, als 'sie Anspruch auf Schutz in ihrer Wiederholung begründen'. Gebilligt 'wird eine verbreitete Praxis', welche die Besitzklage zuläßt 'gegen solche an und für sich die Freiheit des Besitzes nicht beeinträchtigende Handlungen, welche die Absicht des Handelnden darlegen, den Quasibesitz einer den Grundbesitzer beschränkenden Befugnis zu gewinnen'.

Eine ähnliche Auffassung wie Ubbelohde vertreten Strohal in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 38 S. 134, und Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3. 4] S. 180.

Ubbelohde beruft sich auf Paul. fr. 23 de iniuriis 47, 10: Qui in domum alienam inuito domino introiret, quamuis in ius uocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait. Gegen denjenigen, der eine fremde Wohnung wider den Willen ihres Bewohners betreten habe, finde zwar iniuriarum actio, nicht aber das Uti possidetis statt.

Insonderheit verwirft Ubbelohde die Ansicht von Thibaut. Hierbei will ich zunächst stehen bleiben. Thibaut im Archiv für die civ. Pr. Bd. 18 S. 321 äußert sich folgendermaßen: 'Erfolgen nun in der Nacht Turbationen, dringen Spectaculanten in das Haus, schreien darin herum, klopfen an die Thüren, reißen die Thüren auf u. s. w. — wer soll hier denn das interdictum uti possidetis haben? Daß dieses zuläſſig, steht für Thibaut außer Frage. S. 362 a. a. O. kommt dazu noch das Beispiel, 'wenn Tumultuanten . . an die Fensterladen klopfen'.

Es ist romanistische Gepflogenheit, die Auffassung Thibaut's mit einer gewissen Entrüstung zurückzuweisen. Vgl. statt aller Vangerow, Bd. 1[7] S. 676. Wenn aber die Meinung Thibaut's wirklich so ungereimt, wie kommt es: daß sie noch immer wieder hervorgeholt und nicht längst mit Stillschweigen begraben wurde? Sollte am Ende doch ein Körnchen Wahrheit dahinterstecken?

Meines Erachtens ist zu unterscheiden zwischen der Besitzstörung und der Besitzstörungsklage. Was Thibaut uns vorführt, ist ganz entschieden Besitzstörung; eine andere Frage aber: ob die Störungsklage zulässig?

Besteht die verbotene Eigenmacht in einer Einrichtung, so hat die Störungsklage fortwährend ihre Berechtigung, bis die Einrichtung beseitigt. Aber bei persönlichen Eingriffen, wo nichts zu beseitigen, versagt nach dieser Richtung hin die Störungsklage. Hier hat sie nur insofern Sinn, als weitere persönliche Eingriffe zu befürchten. Diesem Gedanken giebt das B.G.B. § 862 Abs. 1 in folgender Weise Ausdruck: 'Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.' Es ist der Standpunkt, den das B.G.B. auch sonst den Unterlassungsklagen gegenüber einnimmt: vgl. §§ 12. 1004 Abs. 1.

Alles, was Ubbelohde in obiger Ausführung bei Seite geworfen hat, ist ohne Ausnahme Besitzstörung. Eine Besitzstörungsklage ist indes nur dann zu gewähren, wenn weitere Störungen zu besorgen sind.

Auf einem beschränkten Gebiete giebt Ubbelohde dies ja schon selber zu. Ein Nachbar geht wiederholt über das Grundstück des andern. Das entscheidende Merkmal für den Begriff der Besitzesstörung kann aber unmöglich die Wiederholung sein. Wäre nicht schon das einmalige Gehen eine Besitzesverletzung, so läßt sie sich auch nicht durch Wiederholung hervorrufen: $0 \times 1000 = 0$. Ein Lehrer pflegt mit seinen Schülern die benachbarten Tannen eines Gutsbesitzers abzustreifen, um Schmetterlinge zu fangen; das ist Besitzesstörung und die Störungsklage durchaus angebracht. Derselbe Gesichts-

punkt trifft zu, wenn Nachbarkinder meinen Apfelbaum nicht in Ruhe lassen. Fällt jemand Bäume in einem fremden Walde, so habe ich zunächst die Schadensersatzklage; waren die Bäume zum Fällen bestimmt, nicht einmal diese: Celsus fr. 18 pr. Quod ui aut clam 43, 24. Wenn der Betreffende mit dem Fällen noch nicht fertig geworden, ist die Störungsklage zulässig, um das Weiterfällen zu verhindern.

Anlangend fr. 23 de iniuriis 47, 10 wäre hervorzuheben, daß das Uti possidetis erst später als Störungsklage benutzt wurde; vielleicht war diese Entwicklung für Ofilius noch nicht vorhanden.

Daß einmaliges Betreten eines Grundstückes schon Besitzesstörung, kommt bei unserer Privatpfändung zum Ausdruck; welcher Gegenstand eine einheitliche Regelung freilich nicht erfahren hat: E.G. zum. B.G.B. Art. 89.

Man kann mitunter zweifelhaft sein, ob eine dauernde Vorrichtung oder persönliche Eingriffe anzunehmen. Als Merkmal einer dauernden Vorrichtung ist wohl hinzustellen, daß mit der betreffenden Sache, dem betreffenden Grundstücke irgend eine Veränderung vorgenommen wurde. Nach Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 468 ist 'das eigenmächtige Aufziehen der Schützen einer Mühle . . so wenig eine dauernde Vorrichtung wie etwa das unbefugte Oeffnen einer Thür'. Ganz richtig. Aber es ist ein Fehlschluß, wenn Ubbelohde um deswillen die Besitzstörung verneint. Was keine dauernde Vorrichtung, kann gleichwohl als persönlicher Eingriff eine Besitzstörung sein. Ein Müller wird durch das Aufziehen der Schützen daran gehindert, nach seinem Belieben das Wasser zu benutzen. Das ist Besitzstörung nach Pomp. fr. 11 Unde ui 43, 16: uim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo. Und zwar eine doppelte Besitzstörung: der Müller wird nicht nur in dem Besitze des Grundstückes, sondern auch in Benutzung der Wasserkraft gestört. Ebenso kann durch Oeffnen einer Thüre allerdings eine Besitzstörung verwirklicht werden.

Von den Vorrichtungen verdienen eine besondere Berück-

sichtigung der Ueberbau und der Ueberhang bezw. das Uebergreifen von Wurzeln. Beide werde ich später eingehend erörtern. Siehe unten Z. V, 1. 2 S. 452 flg.

4. Positive Handlungen und Verbote.

Die persönlichen Eingriffe, welche wir bisher betrachteten, waren positiver Art. Es entsteht die weitere Frage: kann in einem bloßen Verbote schon eine Besitzstörung gefunden werden? Jedenfalls nicht in einem Verbote, das sich der Besitzer gefallen lassen mußte.

So darf nach B.G.B. § 549 Abs. 1 der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters die Sache nicht weiter vermieten. Verbietet demnach der Vermieter dem Mieter die Weitervermietung, so hat sich der Mieter daran zu kehren. Die dem Mieter unter Umständen zustehende Kündigungsbefugnis kommt hier nicht in Betracht. Ein solches Verbot ist keine Besitzstörung, da das Benutzungsrecht des Mieters innerhalb der ihm zugewiesenen Grenzen nicht beeinträchtigt wird. Im Gegenteile würde ein Mieter, der dem Verbote zuwider den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten überließe, in die Befugnisse des Vermieters eingreifen und diesem gegenüber eine Besitzstörung begehen.

Wie nun, wenn dem Besitzer eine Handlung verboten wird, zu der er als Besitzer berechtigt? Der Vermieter verbiete dem Mieter, Logierbesuch bei sich aufzunehmen. Ein solches Verbot braucht der Mieter nicht zu beachten. Wenn er trotzdem Logierbesuch bei sich sieht, so ist das keine Besitzesstörung.

Ferner wird dem Mieter, wenn ein solches Verbot erfolgt, ein Klagerecht einzuräumen sein. Der Vermieter maßt sich Befugnisse an, die ihm nicht zukommen. Aber diese Anmaßung ist an sich keine Besitzesstörung, und deshalb kann auch keine Klage wegen Besitzesstörung Platz greifen: S. A. Bd. 42 Nr. 282. Wer Besitzesbefugnisse einem andern gegenüber behauptet, die dieser nicht anerkennt, bestreitet damit die Besitzesbefugnisse des andern. Bloßes Bestreiten des Besitzes ist noch

keine Besitzesstörung. Die für Fälle dieser Art gegebene Klage ist eine Feststellungsklage. Es sind die Besitzesbefugnisse des Mieters und Vermieters festzustellen. Maßgebend ist dafür der Inhalt des Mietsvertrages: siehe oben § 18 S. 122.

Bei einer Vermessung war ein Wiesenfleck, der bis dahin im Besitze des A gewesen, dem B zugesprochen; A bestritt die Richtigkeit der Vermessung und ließ nach wie vor den Wiesenfleck durch seine Leute abmähen; B verbot dem A das fernere Abmähen: S. A. Bd. 34 Nr. 93. Hier ist eine doppelte Möglichkeit gegeben. Entweder bestreitet B den Besitz des A, dann wäre festzustellen, wer der Besitzer. Oder B stützt sein Verbot auf Eigentum, dann mag er sich der Eigentumsklage bedienen.

Das einfache Verbot ist noch keine Besitzstörung. Entweder wird eine Handlung verboten, zu welcher der Besitzer nicht berechtigt, oder zu welcher er als solcher berechtigt. Ein Drittes giebt es nicht. Wird eine Handlung verboten, zu welcher der Besitzer nicht berechtigt, so fehlt es am Besitze. Wird eine Handlung verboten, zu welcher der Besitzer als solcher berechtigt, so hängt es von seinem Ermessen ab, ob er das Verbot beachten will oder nicht. Man kann also nicht von einer Störung in Ausübung des Besitzes sprechen, sondern höchstens von einem Bestreiten des Besitzes.

Zum einfachen Verbote können indes Umstände hinzutreten, die dasselbe zu einer Besitzstörung gestalten. Der Hausherr will das Dach ausbessern lassen, der Mieter verbietet ihm das Betreten der von ihm gemieteten Dachstube. Er verschließt zugleich seine Dachstube. Der Hausherr will die gekündigte Wohnung anderweitig vermieten, der Mieter verbietet allen, die sie besehen wollen, seine Räume zu betreten.

In beiden Fällen überschreitet der Mieter seine Besitzbefugnisse und wehrt sich gegen die Ausübung des Besitzes durch den Vermieter: siehe oben § 18 S. 122, 123. Wir haben es aber nicht mehr mit einem einfachen Verbote zu thun. Die Sache liegt deshalb schon anders, weil die Besitzesbefugnisse des Vermieters sich auf einen Raum beziehen, den der Mieter innehat. Indem der Mieter die Dachstube verschlossen hält, ver-

wehrt er zugleich den Eintritt in dieselbe. Wie eine Besitzentziehung dadurch möglich, daß jemand an der Rückkehr verhindert wird — siehe oben § 33 S. 273 — so läßt sich auch eine Besitzstörung dadurch bewerkstelligen, daß das Betreten eines Raumes erschwert wird. Der Vermieter kann den Schlösser holen lassen, daß er die Dachstube öffne. Dann ist die Besitzstörung durch Selbsthülfe beseitigt. Die Berechtigung dazu ergiebt sich aus den § 858 Abs. 1 und § 859 Abs. 1 des B.G.B.: siehe oben § 41 S. 316.

Im andern Beispiele besteht die Besitzstörung darin, daß Mieteliebhaber abgehalten werden, sich die Wohnung anzusehen. Der Mieter braucht gar nicht einmal die Zimmer abzuschließen; er verjagt die Leute vielleicht schon durch seine Grobheit.

Weiter ist hier der Drohung zu gedenken. Dieselbe kann bewirken, daß es nicht mehr von der freien Willkür des Besitzers abhängt, ob er die verbotene Handlung vornehmen will oder nicht. Der Nachbar kündigt ihm an: er werde jeden seiner Leute niederschießen lasseu, der es in Zukunft unternähme, die fragliche Wiese abzumähen. Vgl. Windscheid, Pand., Bd. 1 [7] § 159 S. 464; S. A. Bd. 46 Nr. 92.

Die Motive Bd. 3 S. 126 bemerken: 'Die Frage, ob durch Drohungen ein Zustand der Rechtsunsicherheit herbeigeführt werden kann, welcher die Zulassung der possessorischen Klage rechtfertigt, hat der Entwurf der Entscheidung durch die Doktrin und Praxis überlassen.'

Meines Erachtens ist die Drohung als solche gar nicht ausschlaggebend, entscheidend vielmehr der Ausschluß der freien Willkür. Dies läßt sich durch Drohung erreichen, aber nicht jede Drohung verdient Beachtung. Andererseits kann selbst ohne Drohung die freie Willkür des Besitzers als beeinträchtigt erscheinen, wenn er sich sagen muß: daß der Verbietende sich eine Ueberschreitung seines Verbotes nicht werde gefallen lassen, und derselbe in der Lage ist, einem Verbote Nachdruck zu geben. Hierher stelle ich den Fall, wo ein Stadtrat die Erlaubnis

zur Umzäunung eines Platzes verweigerte und damit diese Umzäunung verbot: S. A. Bd. 9 Nr. 159.

In anderer Weise behandeln die Drohung F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3.4] S. 181; Dernburg, Das bürgerl. Rt., Bd. 3 § 25 Anm. 9; Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 § 190 S. 80.

Eigenartig liegt die Sache beim Bauverbot, worauf ich unten Z. V, 3 S. 461 zurückkommen werde.

V. Besondere Arten der Störung.

1. Der Ueberbau.

Hat der Eigentümer eines Grundstückes bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Ueberbau zu dulden: B.G.B. § 912 Abs. 1. Es kann keinen Unterschied ausmachen, ob der Nachbar Eigentümer oder bloßer Besitzer: vgl. Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 § 82 S. 235. Anders liegt indes die Sache, wenn der Nachbar vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat.

Würde ein solcher Widerspruch nicht beachtet, so könnte der Nachbar in Gemäßheit von B.G.B. § 862 Beseitigung des Ueberbaues verlangen. Liegt kein Widerspruch vor, so muß sich der Nachbar den Ueberbau gefallen lassen, sofern dem bauenden Eigentümer kein Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Der Nachbar, dessen Eigentum durch einen solchen Ueberbau beeinträchtigt, darf indes verlangen, daß ihm der überbaute Teil des Grundstückes abgekauft oder dafür eine Geldrente gezahlt werde: B.G.B. § 912 Abs. 2 bis § 915. Dasselbe gilt, wenn ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstücke beeinträchtigt worden: B.G.B. § 916. Der bloße Besitzer, z. B. Pächter, muß sich dieserwegen an den Eigentümer halten: Dernburg a. a. O. S. 236.

Vergleichen wir hiermit das römische Recht. Für den Ueberbau kommt vor allen Dingen in Betracht das interdictum

quod ui aut clam. Ulp. fr. 3 § 10 de op. no. nunt. 39, 1: Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare uel in nostrum inmittere uel proicere uult, melius esse eum per praetorem uel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis noui nuntiatione . . et si forte in nostro aliquid facere quis perseuerat, aequissimum erit interdicto aduersus eum quod ui aut clam aut uti possidetis uti. Ueber die Stelle ist ja sehr viel geschrieben. Windscheid, Pand., Bd. 2⁷ § 465 Anm. 18 S. 684, Mommsen in seinen Pandekten, Lenel n. 1266 streichen id est lapilli ictum als ein Glossem. Mir ist das sehr bedenklich angesichts Paulus fr. 20 § 1 Quod ui aut clam 43, 24: prohibentis actu, id est uel dicentis se prohibere uel manum opponentis lapillumue iactantis prohibendi gratia. Jedenfalls ist per manum nicht mit Windscheid von Selbstverteidigung, sondern der manus opponentis zu verstehen. Per praetorem bezieht Burckhard, Forts. von Glück Bd. 1 S. 184 flg. mit Recht auf ein interdictum redditum. Wie aber der Schluß zeigt, haben wir dabei nicht bloß an das Uti possidetis, sondern ebenfalls an das Quod ui aut clam zu denken.

Ulpian beschäftigt sich nicht lediglich mit einem Ueberbau und nicht lediglich mit dem Quod ui aut clam. Daß aber des Ueberbaues wegen dieses Interdikt Platz griff, zeigt deutlich Venuleius fr. 22 § 4 Quod ui aut clam 43, 24: Si quis proiectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro ui aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id caelum.

Ein Ueberbau konnte also nach römischem Rechte durch das Quod ui aut clam beseitigt werden. Dies setzte voraus einen Widerspruch des Beeinträchtigten oder ein heimliches Handeln des Bauenden. Eine nähere Erläuterung des clam bei Ulp. fr. 3 § 7 Quod ui aut clam 43, 24: Clam facere uideri Cassius scribit eum, qui celauit aduersarium neque

ei denuntiauit, si modo timuit eius controuersiam aut debuit timere. Er fürchtete oder hätte fürchten müssen: das entspricht ungefähr dem 'Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit' im § 912 Abs. 1 des B.G.B. Man hat das interdictum quod ui aut clam allgemein beseitigen wollen, hier beim Ueberbau hat sich aber doch eine Art von Quod ui aut clam wieder eingestellt.

Ich wende mich zum Uti possidetis und will näher erörtern Ulp. fr. 3 § 5 Uti poss. 43, 17: Item uideamus, si proiectio supra uicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri aduersus alterum. et est apud Cassium relatum utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem. Dieser Stelle gegenüber macht Bruns, Besitzklagen, S. 80 folgende Einschränkung: 'wenn der Nachbar selber erst den proiectus anlegt, so ist dieses eine Handlung, die in der Beibehaltung des proiectus eine fortwährende Störung und insofern die Klage begründet, die dann natürlich auf Wiederwegnahme des proiectus geht'. Dagegen Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 5 S. 461, der die fortwährende Besitzesstörung zu leugnen scheint. Eine fortwährende Besitzesstörung ist meines Erachtens vorhanden, insofern hat Bruns Recht: siehe unten Z. VI, 1; trotzdem ist das Uti possidetis allgemein versagt, in dieser Beziehung trete ich auf Seite von Ubbelohde. Meine Erklärung ist folgende. Schon oben § 43 S. 360 habe ich die Vermutung ausgesprochen, daß das Interdiktum wegen eines locus dahin geführt habe, das Uti possidetis als einfache Besitzstörungsklage zu benutzen. Für diese Vermutung scheint unsere Stelle einen neuen Anhaltspunkt darzubieten. Der eine verteidigt sein Gebäude mit dem Uti nunc eas aedes, der andere seinen Grund und Boden mit dem Uti nunc eum fundum; so bleibt kein Raum für ein Uti nunc eum locum. Mithin liegt beim Ueberbau eine Besitzstörung vor, die nach den Grundsätzen des römischen Rechts lediglich vom Standpunkte des Quod ui aut clam, nicht dem des Uti possidetis rückgängig gemacht werden kann.

Ebenso greift nach dem B.G.B. [illegible]
§ 862, sondern § 912 Abs. 1 [illegible]

Soweit das Uti possidetis [illegible]
[illegible] a. a. O. S. 76. 71 [illegible]
[illegible] Vorrichtungen [illegible]
sonst ist für das römische [illegible]
Die Beitzesinterdikte [illegible]
[illegible] Klagen [illegible]
actio negatoria [illegible]
wegen eines [illegible]
[illegible]

scribit: debuisti enim mecum ius mihi non esse protectum habere agere: nec esse aequum damnum me pati recisis a te meis tignis. Ein Eigentümer errichtet einen Ueberbau, der in die Luftlinie des Nachbarn hinragt; der Nachbar schneidet die Balken ab: dieser Nachbar haftet wegen Sachbeschädigung. Denn er hätte klagen müssen: si paret N° N° ius non esse protectum habere. Ein argumentum a contrario liefert ja nie vollen Beweis. Was liegt hier aber näher als folgende Schlußfolgerung? Hätte der Nachbar geklagt und eine pronuntiatio erwirkt: N° N° ius non esse protectum habere; so war er berechtigt, die Balken abzuschneiden, falls der Ueberbau vom Eigentümer nicht wieder beseitigt wurde. Mithin hatte der Nachbar nicht nötig, sich in Geld abfinden zu lassen, sondern konnte sich selber helfen. Vgl. Bas. 58, 10 Heimbach V pag. 205 p: περὶ τοῦ ἐξώστην ἐν τοῖς ἰδίοις ποιοῦντος ὑπερκείμενον τοῦ οἴκου τοῦ γείτονος und pag. 209 f: καὶ περὶ τοῦ, ἐὰν μὴ ἔχων δίκαιον ἐξώστην ἐν τοῖς ἐμοῖς ποιήσω ὑπερκείμενον τοῦ οἴκου σου, καὶ καταστρέψῃς αὐτόν.

2. Ueberhang und Uebergreifen von Wurzeln.

Für Ueberhang und Uebergreifen von Wurzeln kommt in Betracht B.G.B. § 910. Soferne die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstückes nicht beeinträchtigen, muß sich der Eigentümer das Ueberhängen und Uebergreifen gefallen lassen. Die Möglichkeit einer Beeinträchtigung ist bei kleineren Pflanzen kaum vorhanden, jedenfalls werden in dieser Beziehung nur berücksichtigt Bäume und Sträuche. Was vom Eigentümer, gilt ebenso vom Besitzer.

Greifen Wurzeln eines Baumes oder Strauches über von einem Nachbargrundstücke, welche die Benutzung des andern Grundstückes beeinträchtigen, so kann der Eigentümer bezw. Besitzer dieses andern Grundstückes die eingedrungenen Wurzeln abschneiden und behalten. Wird er in dieser Verrichtung gestört, so sind die Voraussetzungen für die Besitzstörungsklage gegeben. Sollte andererseits ein Besitzer Wurzeln abschneiden, welche der Be-

nutzung des Grundstückes gar nicht im Wege stehen, so würde dem Nachbarn die Besitzstörungsklage zustehen.

Behauptet der Abschneidende die Beeinträchtigung seines Grundstückes, während der Nachbar sie in Abrede nimmt, so haben wir ein iudicium duplex: einer förmlichen Widerklage bedarf es gar nicht. Zwar heißt es C.P.O. § 308 Abs. 1: 'das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist'. Aber es liegt bei Fällen dieser Art in der Natur der Sache, daß ein besonderer Gegenantrag gar nicht gestellt zu werden braucht. Hat z. B. der Abschneidende geklagt, weil er vom Nachbarn gestört wurde, so ist ihm das weitere Abschneiden vom Richter entweder zu gestatten oder zu verbieten. Eine Gestattung des weiteren Abschneidens ist zugleich ein Verbot an den Nachbarn, das Abschneiden nicht weiter zu stören. Und ein Verbot des weiteren Abschneidens wirkt gerade so, wie wenn der Nachbar eine Besitzstörungsklage mit Erfolg angestellt hätte.

Herüberragende Zweige, welche die Benutzung des Grundstückes beeinträchtigen, darf der Eigentümer bezw. Besitzer nicht ohne weiteres abschneiden; er hat vielmehr den Besitzer des Nachbargrundstückes — hier ist im Gesetze ausdrücklich der Besitzer genannt — zunächst aufzufordern, binnen einer angemessenen Frist die Zweige zu beseitigen. Wollte der beeinträchtigte Besitzer ohne solche Aufforderung zu Werke gehen, so wäre gegen ihn eine Besitzstörungsklage begründet.

Die Bestimmungen des B.G.B. wegen der herüberhängenden Zweige erleiden insofern eine Einschränkung, als für Obstbäume abweichende landesgesetzliche Vorschriften aufrecht erhalten sind: E.G. Art. 122.

Bei herüberhängenden Zweigen ist noch eine weitere Möglichkeit zu berücksichtigen: nicht bloß daß sie die Benutzung des Nachbargrundstückes beeinträchtigen, sie können für den Nachbarn von Vorteil sein. So gehören z. B. Früchte, welche von einem Baume auf ein Nachbargrundstück fallen, dem Nachbarn: B.G.B. § 911. Kann bei solcher Sachlage der

Nachbar begehren, daß der Eigentümer des Baumes die herüberhängenden Zweige nicht abschneide?

Wir haben im B.G.B. § 226 die allgemeine Bestimmung: 'die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen'. Von dieser Bestimmung wird man in unserm Falle keine Anwendung machen können. Denn das Abschneiden der herüberhängenden Zweige hat zur Folge, daß der Baum auf der andern Seite desto mehr Früchte trägt. Also ist dem Eigentümer des Baumes das Abschneiden der herüberhängenden Zweige nicht zu untersagen.

Vielleicht hatte der Nachbar die Reben eines Weinstockes selber herübergezogen. Diesen Fall behandelt Ulp. fr. 3 § 4 Uti possidetis 43, 17: Item uideamus, si auctor uicini tui ex fundo tuo uites in suas arbores transduxit, quid iuris sit. et ait Pomponius posse te ei denuntiare et uites praecidere ⟨uel transducere⟩, idque et Labeo scribit, aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco, quo radices continentur uitium: nam si tibi uim fecerit, quo minus eas uites uel praecidas uel transducas, uim tibi facere uidetur, quo minus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius. Die in ⟨ ⟩ geschlossenen Worte uel transducere werden ausgefallen sein, wie aus dem später folgenden uel transducas zu ersehen.

Nicht der gegenwärtige Nachbar, sondern schon der Vorgänger im Eigentum hatte die Reben auf seine Bäume hinübergezogen. Dem Eigentümer des Weinstockes gestatten Pomponius und Labeo nicht ohne weiteres das Abschneiden bezw. Zurückziehen. 'Die vorgängige Anzeige war erforderlich, um dem Vorwurfe des clam fecisse zu entgehen': Ubbelohde in Glück's Fortsetzung Bd. 5 S. 468 Anm. 41. Hätte der Eigentümer des Baumes ohne solche Anzeige abgeschnitten oder zurückgezogen, so würde er sich dem Quod clam ausgesetzt haben. Damit konnte der Nachbar Wiederherstellung des bis-

herigen Zustandes erreichen, bezw. Schadensersatz. Vgl. Ulp. fr. 13 § 7 Quod ui aut clam 43, 24.

Ulpian wird den Fall absichtlich so gebildet haben, daß schon der Rechtsvorgänger, nicht der gegenwärtige Eigentümer die Reben hinübergezogen hatte. Ein heimliches Handeln dem hinüberziehenden gegenwärtigen Eigentümer gegenüber begründete zwar ebenfalls das Quod ui aut clam, aber bei solcher Sachlage konnte sich der Besitzer des Weinstocks durch Einreden bezw. durch Gegenklage schützen. Dies lehrt uns Venuleius fr. 22 § 2 Quod ui aut clam 43, 24: Si ad ianuam meam tabulas fixeris et ego eas, priusquam tibi denuntiarem, refixero, deinde inuicem interdicto quod ui aut clam egerimus: nisi remittas mihi ut absoluar, condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut certe exceptionem mihi profuturam 'si non ui nec clam nec precario feceris.'

Venulejus hat augenscheinlich die formula arbitraria vor Augen. Dies veranlaßt mich, die Stelle prozessualisch etwas näher zu betrachten. Das Ob schuldig war erledigt: siehe oben § 44 S. 375. Beide werden ihr heimliches Handeln eingeräumt haben. Die Formeln für Klage und Widerklage sind etwa so zu bilden:

Quod Meuius ad ianuam Lucii Titii tabulas clam fixit, si arbitratu tuo rem non restituat, quanti ea res erit, c. s. n. p. a.

Quod Lucius Titius tabulas ad ianuam a Meuio fixas clam refixit, si arbitratu tuo rem non restituat, rel.

Wie hat sich beiden Klagen gegenüber ein arbiter zu benehmen? Seine Aufgabe ist, das restituere zu betreiben. Was kann das für ein restituere sein? Die Tafeln sind wieder fortgenommen, und daß der Hausbesitzer sie künftig an seiner Thüre dulde, darf ihm nicht wohl zugemutet werden. Es handelt sich darum, zwei formell begründete Klagen auf förmliche Weise aus der Welt zu schaffen.

Wenn Meuius sich damit einverstanden erklärte, daß Lucius Titius frei gesprochen würde, dann hätte dieser keine

Veranlassung, seine Klage fortzusetzen. Ihm kann es ja um weiter nichts zu thun sein, als solche Freisprechung zu erlangen. Mithin besteht darin der Gegenstand des restituere bei seiner eignen Klage. Will demnach Meuius von einer Freisprechung nichts wissen, so läßt sie sich auf mittelbare Weise erreichen. Der arbiter wendet sich zunächst der Widerklage zu und verurteilt den Meuius auf Grund der gegen ihn von Lucius Titius angestrengten Klage in das Interesse, welches derselbe an seiner Freisprechung gehabt hätte.

Bisher hat man sich diese Verurteilung so vorgestellt, als ob das Interesse in Zahlen Ausdruck gefunden: vgl. z. B. Ubbelohde, Fortf. von Glück, Bd. 2 S. 140 Anm. 38 [a]. Ich halte eine solche Rechnerei für ziemlich überflüssig; da doch eine etwaige Schadensersatzforderung des Meuius nicht notwendig in Geld auszugleichen. Geben wir uns also zufrieden mit einem Urteile: Meuium Lucio Titio quanti Lucii Titii interest condemno.

Freilich behauptet Keller, Röm. Civilproz.[6] S. 196, daß 'die condemnatio als Handlung des iudex stets auf certa pecunia lautet'. Dafür ist indes keineswegs beweisend Gai. 4, 52. Und für Urteile auf einen unbestimmten Betrag wären auch sonst wohl Beispiele vorhanden. So fand in der Formel für die Dotalklage das beneficium competentiae keinen Ausdruck: Lenel, Ed., S. 245. Und im Urteil wird der Abzug nicht sofort gemacht, sondern durch den Zusatz quatenus facere potest oder dgl. vorbehalten sein. Tryph. fr. 53 Sol. matr. 24, 3: sed quatenus facere potest, hic quoque condemnandus est. Auf Grund von Ulp. fr. 63 pr. pro socio 67, 2 wäre folgendes Urteil zu bilden: dumtaxat in id quod facere potest quoque dolo malo fecerit quo minus possit condemno.

Also Meuius hat dem Lucius Titius das Interesse an seiner Freisprechung zu ersetzen. Will Meuius nach diesem Urteil seine eigene Klage fortsetzen, so sind jetzt die Wege zu einer Freisprechung des Lucius Titius auch gegen den Willen des Meuius gebahnt. Denn wenn rechtskräftig feststeht, daß Lucius

Titius ein Interesse an der Freisprechung hat, kann auf die Klage des Meuius doch immer nur eine Freisprechung erfolgen. Einer Rechnerei bedarf es auch nach dieser Richtung gar nicht. Mag Meuius fordern an Schadensersatz, was er will, das Interesse des Lucius Titius ist immer genau so groß, als der dem Meuius zuzubilligende Betrag. Daher wird in der Stelle als selbstverständlich vorausgesetzt, daß mit der Verurteilung des Meuius auch dessen Klage abgethan.

Abgesehen von diesem etwas künstlichen Verfahren, das wir wohl als die ältere Rechtsbildung betrachten dürfen, läßt sich einfacher durch die Einrede helfen 'si non ui nec clam nec precario feceris'. Ueber das heimliche Wegnehmen der Tafeln kann sich Lucius Titius nicht beschweren, da er sie ja selber heimlich angebracht hatte.

Ich kehre zurück zum fr. 3 § 4 Uti possidetis. Dem Nachbarn gegenüber, der den Zustand schon vorgefunden, durfte der Eigentümer nicht heimlich handeln, denn diesem gegenüber war die Einrede nicht begründet 'si non ui nec clam nec precario feceris'. Aber der Eigentümer des Weinstockes kann sich in anderer Weise helfen: er kündigt dem Nachbarn an, daß er die Reben abschneiden bezw. zurückziehen werde. Widersetzt der Nachbar sich diesem Vorhaben, so wird er zur Ruhe gebracht durch das Uti nunc possidetis eum locum.

Wie ist der von Ulpian behandelte Fall nach dem B.G.B. zu beurteilen? Die Grundsätze des Quod ui aut clam sind im allgemeinen nicht übernommen. Eine Anzeigepflicht besteht nur für den Nachbarn, der die herüberhängenden Zweige beseitigt haben will; nicht für den Eigentümer des Baumes, der die Beseitigung beabsichtigt. Also kann er jederzeit Zweige, die der Nachbar hinüberzog, heimlich zurückziehen oder abschneiden. Eine vorgängige Ankündigung mag höflich sein, beruht aber nicht auf rechtlicher Notwendigkeit.

3. Bauverbot.

Eine nähere Betrachtung erfordert weiter das Bauverbot. Ich nehme meinen Ausgang von den Grundsätzen, welche wir

beim Ueberbau kennen lernten: siehe oben unter Nr. 1 S. 452 flg. Es ist ja keineswegs nötig, daß der Bauende die Grenze absichtlich überschritt. Beide Nachbarn waren vielleicht über den Lauf der Grenze verschiedener Meinung. Erfolgt in einem solchen Falle ein Widerspruch gegen den Bau, so braucht der Bauende um deswillen mit dem Bauen nicht aufzuhören. Er baut aber auf seine Gefahr. Wird ihm später nachgewiesen, daß er die Grenze überschritt, so muß er wieder niederreißen. Wir haben hier den Satz: ein Besitzer kann am Bauen nicht gehindert werden. Ja noch mehr! Selbst wenn der Besitz am Grundstück ein unrechtmäßiger, erwartet man vom Nachbarn, daß er dem Baue widerspricht; sonst muß er sich den Bau ebenfalls gefallen lassen.

Die entgegengesetzte Auffassung tritt uns entgegen bei der operis noui nuntiatio des römischen Rechtes. Ein Nachbar, welcher fürchtet, daß sein Eigentum oder sonstiges dingliches Recht verletzt werde, kann dem Baue durch außergerichtliche Erklärung Einhalt gebieten. Würde der Bauende dies Verbot nicht beachten, so setzt er sich dem sog. interdictum demolitorium aus, mittelst dessen er zur Wiederherstellung des früheren Zustandes genötigt werden kann.

Burckhard, Forts. von Glück, Bd. 1 S. 171 nennt die operis noui nuntiatio 'eine erlaubte Besitzstörung'. Das ist der Standpunkt desjenigen, der Einspruch gegen das Fortbauen erhebt. Von anderer Seite angesehen sind mit Wendt, Faustrecht, S. 75 'die Regeln über die operis noui nuntiatio als eine Einschränkung der Besitzrechte' zu betrachten. So gut wie ein Besitzer säen und ernten, müßte er doch auch bauen können. Wie es gesetzliche Eigentumsbeschränkungen giebt, so fehlt es im römischen Rechte auch nicht an gesetzlichen Besitzbeschränkungen.

Diese gesetzliche Besitzbeschränkung des römischen Rechtes in Bezug auf das Bauen bewegte sich indes innerhalb bestimmter Grenzen, insonderheit diente sie zum Schutze von Nachbarrechten. Wenn irgend ein beliebiger Dritter jemand am Bauen verhindern wollte, konnte er durch das Uti possidetis

zurückgewiesen werden. Ulp. fr. 3 § 3 Uti poss. 43, 17. Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: etenim uideris mihi possessionis controuersiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. Die Stelle beweist gleichzeitig, daß an und für sich das Bauen ein Ausfluß des Besitzes.

Nach Dernburg, Pand., Bd. 1 § 233 sollen gemeinrechtlich einstweilige Verfügungen an die Stelle der römischen Nuntiation getreten sein. Ich halte dies in dem Sinne für richtig, daß die außergerichtliche Erklärung durch ein gerichtliches Inhibitorium ersetzt worden. Daraus folgt indes noch nicht, was Dernburg anzunehmen scheint, daß die Grundzüge der römischen Nuntiatio im gemeinen Rechte verschwunden. Wo nach römischem Rechte ein außergerichtliches Bauverbot wirksam war, kann nach gemeinem Rechte ein gerichtliches Inhibitorium begehrt werden.

Darin ist auch nichts geändert worden durch die C.P.O. Es heißt im alten E.G. § 16 Nr. 4 = neuem E.G. § 16 Nr. 3: 'Unberührt bleiben . . . die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können'. Gerichtliche Inhibitorien in Anlehnnng an die römischrechtliche Nuntiation waren schon vor der C.P.O. im Gebiete des gemeinen Rechtes gäng und gäbe. Das älteste nachweisbare Beispiel einer operis noui nuntiatio im Norden Deutschlands, vorgenommen allerdings durch einen Steinwurf, stammt aus dem Jahre 1296: Muther Zur Gesch. der Rechtswissenschaft, S. 1 flg.

Im B.G.B. ist die operis noui nuntiatio fortgelassen: Motive, Bd. 2 S. 760 flg., Bd. 3 S. 121 flg. Wir sind also angewiesen auf Anwendung sonstiger im B.G.B. angewandter Grundsätze. Nun finden wir im § 912 ein Bauverbot für den Fall einer Grenzüberschreitung, wo es sich um das Eigentum des Nachbarn handeln kann. Sollte dieselbe Auffassung nicht da maßgebend sein können, wo lediglich eine Dienstbarkeit des Nachbarn oder eine einzelne gesetzliche Befugnis des Eigentümers, z. B. ein Fensterrecht, in Frage steht? Sollte ein

wesentlicher Unterschied darin zu finden sein, ob ich eine Grenzlinie auf der Erde oder eine Grenzlinie in der Luft überschreite? Das Licht- und Fensterrecht ist vom Standpunkte des B.G.B. aus nur als Dienstbarkeit denkbar, dagegen sind die landesrechtlichen Vorschriften von Bestand geblieben, welche das Verbauen des Lichtes untersagen: E.G. Art. 124.

Darnach würde sich die Sache beim Licht- und Fensterrecht so stellen. Wer sich sein Licht- und Fensterrecht, ohne Widerspruch zu erheben, durch einen Neubau entziehen läßt, hat nur Anspruch auf eine Geldentschädigung. Ist Widerspruch erhoben, so braucht sich freilich der Nachbar zunächst nicht dran zu kehren. Er baut aber auf eigne Gefahr. Wird das Licht- und Fensterrecht anerkannt, muß er sein Gebäude, soweit es das Licht- und Fensterrecht beeinträchtigt, wieder niederreißen.

Was von dem Ueberschreiten einer Grenzlinie gilt, mag sie auf der Erde oder in der Luft überschritten sein, wäre bei sonstiger Beeinträchtigung ebenfalls anzuwenden. Ein Müller verbietet dem Fiskus, welcher Wiesen oberhalb des Mühlbachs besitzt, die Anlegung einer Schleuse, welche der Fiskus vorbereitete, um seine Wiesen zu bewässern: S. A. Bd. 15 Nr. 226. Ein solches Bauverbot braucht der Fiskus zunächst nicht zu berücksichtigen. Sollte sich freilich später herausstellen, daß die Schleuse dem Müller Schaden zufügt, so müßte damit eine Aenderung vorgenommen werden.

Außerdem käme allerdings in Betracht, inwieweit man hier Raum geben will dem § 935 der C.P.O.: 'Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.'

Jedenfalls gehen römisches Recht und B.G.B. in Bezug auf das Bauverbot wesentlich auseinander. So frei aber auch ein Besitzer, was das Bauen anbetrifft, nach dem B.G.B. dastehen mag, ist andererseits in unserm heutigen öffentlichen

Recht an Baubeschränkungen tief einschneidender Natur durchaus kein Mangel.

Für Preußen kommt in Betracht das Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875. Vgl. dazu den Kommentar von R. Friedrich's, vierte Auflage, herausgegeben von Hugo von Strauß und Torney 1899, und Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 3 § 75. In Sachsen-Weimar greift ein das Gesetz betreffend die polizeiliche Beaufsichtigung der Bauten vom 11. Mai 1869 nebst Nachtrag vom 6. Juli 1881.

Sodann giebt es eine Reihe von Anlagen, welche nach § 16 der G.O. vom 1. Juli 1883 einer besonderen Genehmigung bedürfen.

VI. Die Person des Beklagten.

Beklagter ist der Störenfried. Dies kann auch sein der mittelbare Besitzer dem Zeitbesitzer gegenüber, wie der Zeitbesitzer dem mittelbaren Besitzer gegenüber: siehe oben § 46 S. 414.

Für die Mitbesitzer kommt in Betracht § 866. Darnach soll eine Besitzesklage unter Mitbesitzern nicht stattfinden. Meine Bedenken gegen diesen § 866 habe ich schon oben § 41 S. 317 bei Gelegenheit der Selbsthülfe geäußert. Endemann, Lehrb., Bd. 2[3. 4] § 45 S. 180 gewährt die Störungsklage bei thatsächlicher Besitzausübung. Was hier Rechtens, müßte um so mehr für die rechtmäßige Besitzausübung Platz greifen. Aber gerade die thatsächliche Besitzausübung hat getroffen werden sollen — Motive, Bd. 3 S. 115; Denkschrift Heymann, S. 167 — und wird auch durch die Gesetzesworte getroffen.

Die wenig befriedigenden Bestimmnngen des § 866 dürften mit darin ihre Erklärung finden, daß die Stellung der Mitbesitzer zu einander in der bisherigen Litteratur nicht erschöpfend genug behandelt worden. Vgl. Dultz, Sind die Besitzinterdikte unter Mitbesitzern zulässig?

Nach zwei Richtungen hin ist die Person des Störers

noch näher in's Auge zu fassen und außerdem auf die Einrede des fehlerhaften Besitzes einzugehen.

1. Wer ist bei einer Anlage der Störer?

Beim Quod ui aut clam wird in der Person des Beklagten unterschieden, ob er Urheber des Werkes oder bloß Besitzer. Der Urheber hat die Kosten der Beseitigung zu tragen, der bloße Besitzer braucht die Wegnahme nur zu dulden. Paulus fr. 16 § 2 Quod ui aut clam 43, 24: In summa qui ui aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit nec possidet, impensam: qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet.

Nach dem B.G.B. § 862 haben wir nur einen Beklagten, und zwar den Störer. Es fragt sich: wer ist der Störer? Ich behaupte: derjenige, welcher die störende Anlage besitzt. Derjenige, welcher z. B. den Kuhstall anlegte, braucht noch gar nicht den Besitz seines Nachbarn zu stören. Die Jauche fand ihren Weg zum Brunnen vielleicht erst unter seinem Nachfolger im Besitz, und machte erst nach geschehener Besitzveränderung das Wasser im benachbarten Brunnen ungenießbar. Ueberhaupt haben wir bei Beseitigung einer jeden Störung in die Zukunft zu blicken, uns also an den Besitzer der störenden Anlage zu halten.

Daran ändert nichts, wenn es im Eingange des § 862 heißt: 'Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört.' Die verbotene Eigenmacht rührt zwar von demjenigen her, der den Kuhstall anlegte. Es ist aber nicht gesagt, daß derjenige verklagt werden soll, der gegen gesetzliches Verbot sich eine Eigenmacht erlaubte. Derselbe ist gar nicht mehr in der Lage, die Störung zu beseitigen, wenn er aufhörte Besitzer zu sein.

Die Beseitigung der Anlage kann nur von dem Störer, d. h. dem Besitzer begehrt werden, versteht sich auf dessen Kosten. Ob er diese Kosten wiedererlangt von einem Vorgänger im Besitz, der die Anlage herrichtete, hängt von dem Rechtsverhältnis ab, das dem Besitzwechsel zu Grunde liegt.

Trat der Besitzwechsel ein, nachdem die Klage schon gegen den Vorgänger erhoben war, so dürfte nicht anwendbar werden C.P.O. § 266, wonach derjenige, welcher die Anlage besitzt, 'berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen'. Vgl. Z. II S. 433; Josef, Arch. für bürg. Rt., Bd. 15 S. 281, 282.

Wer verkaufte, nachdem gegen ihn Klage erhoben, wäre nach wie vor in der Hauptsache wie wegen der Kosten der rechte Beklagte. Wird er verurteilt, so mag er sehen, wie er dem Urteile Genüge leistet. Entstehen Schwierigkeiten, so hat er sie sich selber bereitet. Es hätte hierauf bei Abschluß des Kaufvertrages Rücksicht genommen werden sollen.

Andererseits ist dem im Besitz Gestörten unverwehrt, den Rechtsnachfolger ebenfalls zu belangen, wenn die Störungen durch die Anlage fortdauern sollten.

2. Störung für andere.

Wird eine Besitzstörung für andere vorgenommen, so haftet jedenfalls der Störer: S. A. Bd. 14 Nr. 236; Bd. 17 Nr. 155. Um so mehr, wenn der Störer zugleich im eigenen Interesse handelt, z. B. ein Pächter fährt über das Grundstück des Nachbarn: S. A. Bd. 25 Nr. 6. Aber auch derjenige haftet, für den die störende Handlung vorgenommen wurde, und der in der Lage ist, diese Handlung für die Zukunft zu verbieten. Wenn Schäfer für ihren Gutsbesitzer ein Hutrecht auf einem fremden Grundstücke ausüben, indem sie die Schafe des Gutsbesitzers dort weiden lassen, so kann unmittelbar der Gutsbesitzer belangt werden. Dies ist nicht anerkannt S. A. Bd. 16 Nr. 222. Dabei wird übersehen sein, daß es sich hier nicht um eine Schadensersatzforderung handelt, sondern lediglich um Vermeidung künftiger Störungen, welche vom Gutsbesitzer leicht abzustellen sind. Der Schadensersatzanspruch unterliegt andern Grundsätzen. In dieser Beziehung kommt in Betracht B.G.B. § 831. Darnach haftet der Gutsbesitzer für Verschulden bei Auswahl der angestellten Schäfer; ferner wenn er die Grenz-

linie nicht genau bestimmt hatte, bis wie weit die Hutgerechtigkeit auszuüben sei.

Ein Verwalter hatte für die Gutsherrschaft über eine benachbarte Wiese Eis fahren lassen. Hier haftet die Gutsherrschaft, der es ebenfalls und vorzugsweise obliegt, dafür zu sorgen, daß derartige Störungen sich nicht wiederholen: vgl. S. A. Bd. 39 Nr. 289.

Insonderheit haftet, wer den Auftrag zur störenden Handlung gab, mag der Beauftragte eine Privatperson oder eine Behörde sein.

Ein Gläubiger, welcher seinen Schuldner auspfänden läßt oder einen Arrest erwirkt, muß den Besitz Dritter achten. Eine Entscheidung in S. A. Bd. 35 Nr. 3 hält dies freilich für keine Besitzstörung, aber die richtigen Gesichtspunkte sind dargelegt S. A. Bd. 43 Nr. 170.

Pferde, die ein Schuldner vermietet hat, darf der Gläubiger dem Mieter nach dem B.G.B. nicht mehr abpfänden lassen. Der Mieter ist ja Besitzer. Derselbe kann in Gemäßheit von C.P.O. § 766 die Besitzstörung durch Einrede abwenden. Oder er hat nach C.P.O. § 771 eine Klage, die in diesem Falle nichts anderes ist, als eine Besitzstörungsklage. Was gepfändet werden könnte, wäre der mittelbare Besitz, d. i. vor allen Dingen ein Besitzesanspruch, eine Forderung.

Der Pächter darf Einspruch erheben, wenn Früchte auf dem Halm für einen Gläubiger des Verpächters gepfändet werden. Schon vom Standpunkte des gemeinen Rechtes anerkannt in einer Entscheidung S. A. Bd. 40 Nr. 96. Nach dem B.G.B. ist die Sache vollends unzweifelhaft, da die Frucht durch Trennung Besitz und Eigentum des Pächters wird. Siehe oben § 17 S. 106.

Aehnlich wie der Gerichtsvollzieher steht der Zwangsverwalter da.

Josef, Arch. für bürg. Rt., Bd. 15 S. 283, 284 behandelt die hier erörterte Frage zu einseitig vom Standpunkte des Vertragsverhältnisses aus. Nach zwei Richtungen hin:

einmal soll der Sohn, der Verwalter, der Lohnarbeiter, welche im Auftrag handeln, keine Besitzstörer sein; andererseits soll der Dritte nur insoweit den Besitz stören, als sein Auftrag ging bezw. eine Genehmigung vorlag.

Die hier entwickelten Grundsätze kommen ebenso zur Anwendung, wenn die Besitzstörung für eine Gesellschaft oder eine juristische Person vorgenommen wurde.

Eines Tages sehe ich, daß in meinem Garten Arbeiter graben. Auf meine Frage erhalte ich zur Antwort: es solle in meinem Garten ein Hydrant aufgestellt werden, das Bauamt hätte es so angeordnet. Hier sind zunächst Besitzstörer die Arbeiter. Dann dasjenige Mitglied des Bauamtes, welches den Auftrag erteilte. Endlich die Gemeinde, da es dem Gemeindevorstand ein Leichtes ist, die Besitzstörung zu beseitigen und weitere Störungen zu verhindern.

Das Funkensprühen der Lokomotiven, wenn allzu stark, ist eine Besitzstörung für die Besitzer der davon betroffenen Gebäude: nach den unter Z. IV, 1 S. 438 entwickelten Grundsätzen. Dabei macht es für die Beklagtenrolle keinen Unterschied, ob eine Privatperson, eine Gesellschaft oder der Fiskus den Bahnbetrieb ausüben. Alle drei sind neben dem Lokomotivführer für die Besitzstörung verantwortlich.

Die Schadensersatzfrage ist auch hier von der Besitzstörung auseinanderzuhalten. Die allgemeinen Grundsätze des § 831 haben bei rechtsfähigen Vereinen anlangend die Haftung für unerlaubte Handlungen der Vorstandsmitglieder durch § 31 noch eine Schärfung erfahren.

3. Einrede des fehlerhaften Besitzes.

Ist der Anspruch des Klägers an sich begründet und noch begründet — siehe oben Z. II S. 433 — so kann sich der Beklagte gleichwohl auf gestattete Selbsthülfe berufen. Er darf den gegenwärtigen Besitzer ein Jahr lang fortwährend stören, wenn derselbe ihm oder seinem Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt, sofern der gegenwärtige Besitzer die Fehler-

haftigkeit im Besitze seines Vorgängers gegen sich gelten lassen muß. Siehe oben § 47 S. 428.

Andererseits genügt an und für sich nicht ein Recht, in Folge dessen der Beklagte die Sache für sich beanspruchen könnte: selbst wenn dieses Recht liquide sein sollte. Denn so lange das Recht auf Herausgabe seine Verwirklichung nicht gefunden, darf dem gegenwärtigen Besitzer der Besitzesschutz nicht versagt werden. Wem ein Recht auf einen Notweg zusteht, siehe § 917, darf das fragliche Grundstück so lange nicht betreten, bis der Nachbar den Notweg eingeräumt oder der Richter ihn zugesprochen hat.

Wird freilich mit der Darlegung des sonstigen Rechtsverhältnisses nichts weiter bezweckt, als die Abwesenheit verbotener Eigenmacht klarzustellen, so ist dagegen nichts einzuwenden: B.G.B. § 863. Jemand wird aufgefordert, ein Haus zu verlassen, wo er seit Jahren nicht bloß Obdach, sondern auch Nahrung erhalten; er wendet ein, daß der Besitzer des Hauses laut Vertrag verpflichtet sei, ihm lebenslänglich Obdach und Nahrung zu verabreichen: S. A. Bd. 12 Nr. 33.

VII. Natur der Klage.

1) Die Besitzstörungsklage des B.G.B. ist vor allen Dingen gerichtet auf Beseitigung der Störung, andererseits sollen künftige Störungen verhindert werden.

Es ist ein nicht zu unterschätzender Vorzug des B.G.B., daß die Besitzstörungsklage in ihrer Reinheit herausgearbeitet worden, indem man fern hielt die Besitzfeststellungsklage und ausschied die Schadensersatzansprüche.

Im gemeinen Rechte soll das Uti possidetis allen drei Zwecken dienen. Diese Verquickung verschiedenartiger Dinge hat die Theorie mit einer gewissen Unklarheit belastet und die Rechtsprechung häufig auf Irrwege geleitet.

2) Die interdicta retinendae possessionis gehörten zu den iudicia duplicia. Wie verhält es sich in dieser Beziehung mit der Besitzstörungsklage im B.G.B.?

Ueber die Doppelseitigkeit der interdicta retinendae

possessionis vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus äußert sich ein Erkenntnis bei S. A. Bd. 14 Nr. 97 dahin: 'daß dem Beklagten vom Richter auch in Ermangelung einer eigentlichen Widerklage der streitige Besitz zuerkannt werden kann, nicht aber die Abweisung einer Klage auf Schutz im Besitze notwendig in jedem Falle den richterlichen Schutz des Beklagten im Besitze zur Folge haben muß'.

Wir werden uns in erster Linie zu halten haben an C.P.O. § 308: 'das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist'. N ist z. B. von A verklagt, weil er ihn fortwährend im Besitze eines Grundstückes störte. N schützt die Einrede vor: dazu war ich vollständig berechtigt, weil A mir diesen Besitz gewaltsam entzogen hat. Wird die Einrede des N für begründet befunden, so muß sich der Richter darauf beschränken, den A mit seiner Klage abzuweisen. Wollte N den Besitz zurückhaben, so mußte er widerklagend mit der Besitzentziehungsklage auftreten, wozu er nach C.P.O. § 33 Abs. 1 vollkommen berechtigt war.

Die Sache kann indes so liegen, daß die Abweisung einer Besitzstörungsklage gerade so wirkt, wie wenn der Beklagte eine Besitzstörungsklage mit Erfolg angestellt hätte. Ein Beispiel dieser Art haben wir oben unter Z. V, 2 S. 457 kennen gelernt.

3) Grenzlinie zwischen den Klagen wegen Besitzentziehung und Besitzstörung.

Es kann mitunter zweifelhaft sein, ob Besitzentziehung oder Besitzstörung vorliegt.

Einem Alleinbesitzer wird sein Besitz teilweise entzogen. Ist das Besitzentziehung oder Besitzstörung? Nach B.G.B. § 865 kommen die Vorschriften des § 861 auch dann zur Anwendung, wenn ein Teilbesitzer in Frage: also wohl nicht, wenn ein Alleinbesitzer einen Teil seines Besitzes verliert. Der Eindringling setze sich fest im Erdgeschoß, während sich der bisherige Alleinbesitzer im obern Stockwerke behauptet. Das würde Besitzstörung sein. Uebereinstimmend S. A. Bd. 9 Nr. 158.

Das Ganze ist übrigens nichts weiter als eine bloße Formfrage. Daß in dem vorgeführten Beispiele der Eindringling vom Erdgeschoß in der That Besitzer geworden, kann vom Standpunkte des B.G.B. aus nicht füglich zweifelhaft sein: siehe oben § 33 S. 269. Wäre das Erdgeschoß für sich vermietet gewesen und dieser Mieter entsetzt worden, so stände dem Mieter eine Klage wegen Besitzentziehung zu. Also wegen desselben Besitzerwerbes einmal eine Besitzstörungs-, das andere Mal eine Besitzentziehungsklage.

Schwierigkeiten dürfte diese Formfrage kaum bereiten. Einmal steht nichts im Wege, Entziehungsklage und Störungsklage mit einander zu verbinden. Sodann läßt sich eine Störungsklage, die auf Beseitigung der Störung gerichtet ist, nötigenfalls als Entziehungsklage aufrecht erhalten; und umgekehrt eine Entziehungsklage als eine solche Störungsklage. Vgl. Strohal in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 38 S. 133, und F. Endemann, Lehrbuch, Bd. 2[3-4] § 45 S. 179.

Das römische Recht hat zum Teil andere Wege eingeschlagen. Hier ist ein besonderer Besitz an Stockwerken nicht entwickelt worden. Dies tritt uns am deutlichsten entgegen bei Ulp. fr. 3 § 7 Uti poss. 43, 17: siehe oben § 33 S. 270. Die gemeinrechtliche Praxis scheint von dieser Stelle gar keinen Gebrauch gemacht zu haben.

4) Verwaltungsmaßregeln. Uebergriffen von Verwaltungsbehörden ist nicht immer mit der Besitzstörungsklage entgegenzutreten, vielmehr häufig Abhülfe nur auf dem Verwaltungswege zu erlangen: sei es durch Beschwerde bei einer Verwaltungsbehörde oder durch ein Verwaltungsstreitverfahren vor einem Verwaltungsgerichte. Die Sache ist in den einzelnen Bundesstaaten verschieden geordnet, manches auch zweifelhaft. Vgl. G.V.G. § 13; B.G.B. §§ 44, 62.

Sofern die Verwaltungsbehörden innerhalb ihrer Befugnisse sich bewegen, kann von Besitzstörung überall keine Rede sein. Hierher gehören Anordnungen, die aus Gründen der Medizinalpolizei erlassen werden, z. B. die Sohle eines Grabens ist zu erhöhen: S. A. Bd. 23 Nr. 229. Oder eine Straße

wird erhöht, um eine Gefällsausgleichung zu erzielen: S. A. Bd. 19 Nr. 267. Von der Besitzstörung ist indes der Anspruch auf Schadensersatz zu trennen. Ein paar Beispiele mögen die hohe Wichtigkeit dieser Frage veranschaulichen.

Der Kammermusikus G. in Hannover hatte an einer breiten Straße, der Hansenstraße, die neben der Staatsbahn herlief, ein massives herrschaftliches Wohnhaus erbaut, in dem er einen gewerbsmäßigen Handel mit musikalischen Instrumenten betrieb. Im Zusammenhange mit dem Neubau des Bahnhofes ließ die Verwaltung der Bahn unter Genehmigung der zuständigen Behörden auf dem früheren Bahnkörper einen Damm in der Höhe von vier bis fünf Meter aufführen. Ferner errichtete die Direktion der Magdeburg-Halberstädter Eisenbahn behufs Einführung ihrer Bahn in den Staatsbahnhof zu Hannover, ebenfalls mit der erforderlichen Genehmigung, einen zweiten gleich hohen Damm, der die Hansenstraße auf eine Breite von nur vier Meter verengte. Die Anlage dieser Dämme hatte zur Folge, daß das Erdgeschoß des fraglichen Hauses, worin sich ein großer Teil des Instrumentenlagers befand, kellerähnlich feucht und kalt wurde. Was hier im allgemeinen Interesse geschah, darf nicht durch die Besitzstörungsklage eines einzelnen wieder beseitigt werden. Es kann sich nur darum handeln, ob nicht dem Kammermusikus G. ein Schadensersatzanspruch einzuräumen. Die Klage auf Bestellung einer cautio damni infecti ward zurückgewiesen: S. A. Bd. 35 Nr. 32. Näheres über diesen Fall bei Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 4 S. 243 flg.

Der Ackerbürger M. in W. hatte in der langen Straße ein Haus, das zum Teil in die Trottoirlinie vorsprang. Der Magistrat der Stadt W. ließ bei einer Neupflasterung das Niveau der langen Straße in der Weise erhöhen, daß eine Erdaufschüttung bis unmittelbar an das fragliche Haus vorgenommen und dem Straßenpflaster eine Lage gegeben wurde, in welcher es den früher ein Fuß oberhalb der Straße befindlichen Fußboden im Erdgeschoß um zwei Fuß überragte. Der Ackerbürger M. behauptete: die Stuben im Erdgeschoß seien

durch die an das Gebäude drückende Erde feucht und ungesund geworden, andererseits habe er die Aus- und Auffahrt des zur Ackerwirtschaft benutzten Hauses verloren. In der Entscheidung S. A. Bd. 22 Nr. 144 wird 'weder ein Prohibitionsrecht, noch eine Klage auf Restitution des ursprünglichen Zustandes eingeräumt', 'wenn die Behörden aus Gründen des Gemeinwohls eine die angrenzenden Häuser beeinträchtigende Veränderung der öffentlichen Straßen vornehmen'. Dagegen wird ein Anspruch auf Schadensersatz zugelassen und so begründet: wenn eine Gemeinde öffentliche Straßen anlege, verpflichte sie sich damit, dort gebaute Häuser nicht unbrauchbar zu machen.

Als eine Stadtgemeinde einen neuen Stadtbauplan hatte ausarbeiten und öffentlich bekannt machen lassen, kaufte sich ein Bauunternehmer mehrere Bauplätze in der neuen Bismarckstraße. Er hatte bereits zwei davon bebaut, als von der Gemeinde der Beschluß gefaßt wurde, den Teil der Bismarckstraße, an welchem diese beiden neuen Häuser lagen, wieder einzuziehen und für ein neu zu erbauendes öffentliches Gebäude mit zu verwenden. Einen Anspruch auf Schadensersatz möchte ich diesem Bauunternehmer doch zugestehen.

Eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. April 1899, mitgeteilt von Planck, R.G.Rat, in der Deutschen Juristenzeitung 1899 S. 361, beschäftigt sich mit folgendem, nach preußischem Rechte zu beurteilenden Falle. Vor dem in Berlin belegenen Hause des Klägers ist der Fahrdamm der vorbeiführenden städtischen Straße erhöht worden, der Bürgersteig jedoch in seiner bisherigen Lage verblieben. Anlaß zu dieser Veränderung die Höherlegung einer Brücke. Ein Recht auf Entschädigung wird anerkannt, wenn die Verbindung des Hauses mit der Straße wesentlich und erheblich erschwert sein sollte. Es sind aber die dem Hausbesitzer erwachsenen Nachteile nur noch so weit zu berücksichtigen, als sie nicht schon durch herbeigeführte Vorteile ausgeglichen sind.

Die Frage wegen des Schadensersatzes ist sehr streitig. Dafür Dernburg, Pand., Bd. 1 § 72 a. E.; Bekker, Pand., Bd. 1 S. 346, 347; Regelsberger, Pand., Bd. 1

§ 113 Nr. VII. Eine Entscheidung S. A. Bd. 51 Nr. 28 wieder dagegen. Ebenso im allgemeinen Ubbelohde a. a. O. S. 259. Eine Ausnahme soll nach Ubbelohde stattfinden, 'wenn das bisher dem Gemeingebrauche dienende Grundstück in werbendes Vermögen des Staates oder der Gemeinde umgewandelt wird'.

Von einem Kirchenvorstande wurde mit den Kirchenstühlen eine Veränderung vorgenommen und in Folge dessen der Kirchenstuhl eines Gutsbesitzers mit vier Sitzen abgebrochen. In dem neuen Gestühle stellte man dem Gutsbesitzer vier Sitze, sowie das Holz des abgebrochenen Stuhles zur Verfügung. Hier kann weder wegen Besitzstörung, noch auf Schadensersatz geklagt werden. S. A. Bd. 32 Nr. 332.

In Bezug auf diejenigen gewerblichen Anlagen, wie Schießpulverfabriken u. s. w., welche nach § 16 der R.G.O. einer besonderen Genehmigung bedürfen, bestimmt § 26 der R.G.O.: daß einer solchen, mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten Anlage gegenüber eine Privatklage nie auf Einstellung des Gewerbebetriebes gerichtet werden darf. Es kann nur begehrt werden eine Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen: z. B. Erhöhung eines Schornsteines. Sind solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar, so ist die Klage auf Schadloshaltung zu richten.

Das weimarische Gesetz vom 16. 2. 54 über den Schutz gegen fließende Gewässer versagt im § 3 gegen eine von der zuständigen Verwaltungsbehörde erteilte Erlaubnis die Betretung des Rechtsweges. Zugelassen wird hingegen eine Klage auf Schadensersatz: Blätter für Rechtspflege in Thüringen, Bd. 42 S. 230.

VIII. Erlöschen.

Der Anspruch erlischt, wenn seit der Störung ein Jahr abgelaufen, ohne daß eine Klagerhebung erfolgte: B.G.B. § 864 Abs. 1.

Der Anspruch erlischt schon früher, wenn inzwischen die Rechtmäßigkeit der Handlung bezw. Einrichtung durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wurde: B.G.B. § 864 Abs. 2.

γ) § 49. Die Klage auf Erhaltung bezw. Erlangung des Besitzes durch eignes Suchen und Fortschaffen.

Die Klage auf Erhaltung des Besitzes durch eignes Suchen und Fortschaffen lehnt sich der zufälligen Innehabung an: B.G.B. § 867. Ein Floß ist durch die Gewalt des Stromes auf ein fremdes Grundstück getrieben; Steine und Gebälk von einem einstürzenden Nachbarhause sind in meinen Garten gefallen; ein fremder Hund hat sich zu mir verirrt: siehe oben § 4 S. 43 flg.

Die Klage setzt voraus, daß der Besitz noch fortdauert. Ist die Sache inzwischen von einem andern in Besitz genommen, sei es dem Grundstücksbesitzer oder einem beliebigen Dritten, so greift die Besitzentziehungsklage Platz. Die Fortdauer des Besitzes kann leicht zweifelhaft sein. Deshalb ist anzuraten, mit der Besitzaufsuchungsklage erforderlichenfalls die Besitzentziehungsklage zu verbinden. Die Verbindung einer Besitzerhaltungsklage mit einer Besitzentziehungsklage unterliegt keinen Bedenken. Wegen des gemeinen Rechtes vgl. S. A. Bd. 15 Nr. 27.

Nach römischem Rechte ist selbst das Ausgraben zu dulden: Pomp. fr. 15 ad exh. 10, 4. Dasselbe wird nach dem B.G.B. anzunehmen sein: siehe oben § 37 Nr. 7 S. 300.

Die Aufsuchung und Wegschaffung hat der Grundstücksbesitzer zu gestatten. Was heißt das?

Bekker in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 34 S. 19 erläutert: 'der Besitzer der Sache hat die Erlaubnis von dem Besitzer des Grundstückes zu erbitten, dieser ist verpflichtet, sie zu gewähren'. Diese Erklärung liegt allerdings nahe; sie würde uns aber einen Formalismus schaffen, der leicht seine Unbequemlichkeiten haben könnte.

Dernburg, Das bürg. Rt., Bd. 3 S. 84, um die Bestimmung dem praktischen Leben anzubequemen, läßt die besondere Verstattung nur einholen, 'wenn es sich um ein befriedetes Grundstück handelt, auf welchem der Grundstücksbesitzer zu finden ist'. Für eine Unterscheidung zwischen befriedeten und unbefriedeten Grundstücken dürfte es aber an allen Anhaltspunkten fehlen.

Das römische Recht hat eine ganz ähnliche Bestimmung in Bezug auf die Obstlese, welche dem Nachbarn gestattet. Ulp. fr. 1 pr. de glande leg. 43, 28: Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, uim fieri ueto. Hier ist es ganz klar, daß der Nachbar den angrenzenden Grundstücksbesitzer nicht um Erlaubnis zu bitten braucht: derselbe darf ja das Auflesen und Wegnehmen nicht hindern.

Diesen Satz des römischen Rechts giebt nun Windscheid, Pand., Bd. 1 [7] § 169 Z. 3 S. 498 so wieder: 'Er muß dem Nachbarn das Betreten seines Grundstückes zum Zwecke des Abholens hinübergefallener Baumfrüchte . . gestatten.'

Wenn aber Windscheid den Ausdruck 'gestatten' im Sinne von 'nicht hindern' gebraucht, so dürfte es nicht als zu gewagt erscheinen, das Gestatten des Gesetzes ebenso zu verstehen. Also der Besitzer des Grundstücks darf die Aufsuchung und Wegschaffung nicht hindern.

Genauer ist freilich die römische Ausdrucksweise. Aber das uim fieri ueto will uns auch sonst nicht munden. Vgl. z. B. gleich im voraufgehenden Titel fr. 1 pr. de arboribus caedendis 43, 27 mit Windscheid a. a. O. Z. 4. Es wird dies damit zusammenhängen, daß wir gewohnt sind, die Befugnis in den Vordergrund zu stellen: siehe oben § 46 S. 412. Dies tritt uns auch bei Rechtsgeschäften entgegen. Wenn es z. B. in einem Mietsvertrage heißt 'der Vermieter hat zu gestatten, daß die Kinder des Mieters im Garten spielen', so soll damit nicht gesagt sein, daß der Vermieter jedesmal um eine besondere Erlaubnis angegangen werden müßte.

Die Sache liegt demnach so. Wenn ein Ball in einen Garten fliegt, so darf der Besitzer des Gartens den Kindern, die damit spielten, nicht wehren, sich den Ball wieder zu holen. Würde er den Kindern dies verbieten, so kann dieses Verbot durch die Aufsuchungsklage entkräftet werden.

Die Aufsuchungsklage ist dem mittelbaren Besitzer ebenfalls eingeräumt, aber nur unter der Voraussetzung, daß der wirkliche Besitzer die Aufsuchung nicht selber vornehmen kann oder will: B.G.B. § 869 S. 3.

Der Eigentümer darf seinen Anspruch geltend machen neben wirklichem und mittelbarem Besitzer: B.G.B. § 1005.

Andererseits ist dem Grundstücksbesitzer die Einrede nicht zu versagen, daß die auf sein Grundstück geratene Sache ihm gehöre: siehe oben § 46 S. 420.

Besonderes gilt für Bienen. Nach § 962 des B.G.B. darf der Eigentümer eines Bienenschwarms bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten. Eine besondere Erlaubnis ist hier jedenfalls nicht erforderlich. Dasselbe wird vom Besitzer zu behaupten sein. Bei einer derartigen Verfolgung wird nicht immer der gewöhnliche Eingang benutzt. Eine solche Beschränkung werden wir auch nicht in das Gesetz hineinlegen dürfen, das allgemein von einem Betreten der Grundstücke redet. Wenn also jemand in des Nachbarn Garten durch die Hecke dringt, um seine Bienen einzufangen, so wäre das nach dem B.G.B. keine Besitzstörung. Daran würde kaum etwas ändern, wenn sich der Nachbar die Wanderung durch die Hecke ausdrücklich verbeten hätte, sofern diese Wanderung den Umständen nach geboten war. Anders wurde die Sache nach gemeinem Rechte beurteilt: S. A. Bd. 8 Nr. 49. Eine Beschädigung der Hecke ist freilich nach dem B.G.B. ebenfalls zu ersetzen.

Ist der Schwarm in eine fremde nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen, so darf der Eigentümer des Schwarmes, und ebenfalls der Besitzer, zum Zwecke des Einfangens die Wohnung öffnen.

Er darf außerdem die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Da der die Bienen einfangende Eigentümer bezw. Besitzer an diesen Waben bisher keinen Besitz hatte, so handelt es sich um Erlangung neuen Besitzes. Insofern dient die Selbsthülfe, nötigenfalls unsere Aufsuchungsklage, nicht bloß zur Erhaltung, sondern zugleich zur Neuerlangung von Besitz: tam retinendae quam apiscendae possessionis.

Gestattet ist demnach die Selbsthülfe in folgender Gestalt: Betreten fremder Grundstücke und Oeffnung einer fremden nicht besetzten Bienenwohnung, sofern es sich handelt um das Einfangen des Schwarmes; außerdem Herausnahme der Waben. Würde dieser Selbsthülfe Widerstand entgegengesetzt, so wäre derselbe zu brechen durch die Aufsuchungsklage. Ueber diese Grenzlinie hinaus ist weder Selbsthülfe erlaubt noch eine Aufsuchungsklage wirksam.

Im Turmknopf der Gottesackerkirche zu Kahla hatte sich einmal der Bienenschwarm eines Klempners häuslich niedergelassen, indem er in denselben durch einige darin befindliche Schußlöcher geschlüpft war. Der Schwarm ließ sich nur in der Weise umquartieren, daß der Turmknopf heruntergeholt wurde. Ein Turmknopf ist keine Bienenwohnung: also darf er nicht auf dem Wege der Selbsthülfe geöffnet noch heruntergeholt werden. Ebenso wenig kann der Klempner von der Gemeinde verlangen, daß sie ihm das Herunterholen des Turmknopfes gestatte. Mithin ist der Besitz an diesem Bienenschwarm als verloren zu betrachten.

Sofern die Aufsuchung und die Wegschaffung vom Besitzer des Grundstückes zu gestatten, liegt auf seiner Seite eine Eigentums- bezw. Besitzesbeschränkung vor: er muß das Betreten seines Grundstückes dulden selbst wider seinen Willen. Wo indes die Entstehung eines Schadens zu besorgen, darf die Gestattung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, cautio damni infecti. Steine und Gebälk, die von einem Hause, das einstürzte oder niedergerissen wurde, in einen benachbarten Garten fielen, sollen durch diesen Garten wieder

fortgeschafft werden; die dazu verwandten Leute müssen sich in Acht nehmen, daß sie im Garten nichts beschädigen.

Der Satz erleidet eine Ausnahme, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden. Ein Kanarienvogel, der in den Garten des Nachbarn geflogen, soll wieder eingefangen werden. Hier ist keine Zeit zu verlieren mit Verhandlungen über eine zu bestellende Sicherheit.

Stellen-Verzeichnis.

Codex Theodosianus.

Coll. leg. R. et M.

Digesta.

Festus.

Frontinus.

Gaius.

Textbemerkungen.

	Seite
Cod. 4, 27 per quas pers. c. 1	204
per liberam personam interpoliert statt per procuratorem.	
Cod. 7, 32 de adq. et ret. poss. c. 1	204
per liberam personam interpoliert statt per procuratorem.	
ebendaselbst c. 3	68
interim . . effectus vielleicht interpoliert.	
Dig. 4, 4 de min. fr. 16 § 2	396
incerti nicht interpoliert.	
Dig. 6, 1 de rei uind. fr. 68	339 flg., 383
von Anfang bis zu Ende nicht interpoliert.	
ebenda fr. 76 § 1	398
hinter talis dabitur actio wird gestrichen sein: quantam partem paret in eo homine quo de agitur actoris esse.	
Dig. 7, 5 de usu fr. ear. rer. fr. 5 § 1	403
sed si quidem . . quantitatem interpoliert.	
Dig. 8, 2 de seru. pr. urb. fr. 35	396, 401
incerti nicht interpoliert.	
Dig. 12, 6 de cond. indeb. fr. 15 § 1	388
vor uel possessio scheint uel tantundem ausgefallen zu sein.	
ebenda fr. 22 § 1	395, 401
incerti nicht interpoliert.	
ebenda fr. 40 § 1	396
incerti nicht interpoliert.	
Dig. 12, 7 de cond. s. c. fr. 3	396, 403
incerti nicht interpoliert, der Schluß von ueluti an interpoliert.	
Dig. 13, 1 de cond. furt. fr. 12 § 2	396
incerti nicht interpoliert.	
Dig. 13, 3 de cond. trit. fr. 2	387
et ita et Celsus als Glossem zu streichen.	
Dig. 13, 7 de pign. act. fr. 11 § 6	204
statt per liberam personam schrieb Ulpian per procuratorem.	

Seite

Dig. 46, 2 de nou. fr. 12 403
is qui delegauit . . si soluta esset interpoliert.

Dig. 47, 2 de furtis fr. 14 § 17 204
per liberam personam interpoliert.

Dig. 47, 2 de furtis fr. 81 § 6 224
vielleicht ist so zu ergänzen: si ⟨nomine creditoris, cuius se procuratorem esse simulabat, uel alio quocumque modo⟩.

Gai. I, 8 flg. 26—29
eine Zusammenstellung späterer Einfügungen.

Gai. IIII, 16 353
statt praesides lies praeuides.

Gai. IIII, 153 25
per eos quoque . . ipsi possidere uidemur spätere Einschaltung.

Gai. IIII, 162 373
vielleicht ist so zu ergänzen: sed actor sponsionis f⟨ormulae edit illi⟩ et aliut iudicium.

Gai. IIII, 163 378
ich lese und ergänze: sed actor etiam sine poena experitur cum eo qui neque exhibere neque restituere quicquam oportere ⟨absolutus est⟩; litigiet wäre zu verwandeln in litigi⟨um termin⟩et.

Gai. IIII, 166 . . . . 365, 366
vielleicht ist so zu ergänzen: uel sti⟨pulatione h⟩ac, cum una inter eos sponsio itemque restipulatio u⟨na in uicem⟩ ad eam fit. ⟨Porro⟩ eius ⟨sponsionis actor, qui non possidet, de⟩ fundo a⟨edibusue iudicium edit, quo desiderat⟩ restitui ⟨ei fun⟩d⟨um⟩ uel ae⟨des⟩.

Gai. IIII, 170 371
vielleicht ist so zu ergänzen: siue possideat, sine iudice restituat aduersario possessionem s⟨i nec⟩ possid⟨eat t⟩antum uim illi possidenti ne faciat. Itaque etsi alias potu⟨erit⟩ interdicto Uti possidetis uincere, si cetera ex interdict⟨o facere uolebat, nunc⟩ tamen per interdictum secundarium u⟨incitur⟩.

Inst. 2, 9 per quas pers. § 5 204
per liberam personam ueluti interpoliert.

Paul. sent. 5, 6 § 10 404
nam et . . debet interpoliert.

Prob. ex cod. Eins. 70 376
restitutus läßt sich halten.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2029

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2029

